



Informe “El tiempo de los derechos”, núm. 23

HURI-AGE

Consolider-Ingenio 2010

CAPACIDAD JURÍDICA Y DISCAPACIDAD

PROPUESTAS PARA LA ADAPTACIÓN NORMATIVA DEL

ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL AL ART. 12 DE LA

CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE

LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Informe elaborado dentro del Programa “El Tiempo de los derechos”, Consolider-Ingenio 2010, por el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” en el marco del Proyecto “Estudio, implementación y seguimiento sobre Capacidad Jurídica de la CDPD en los ordenamientos jurídicos locales” coordinado por la Red Iberoamericana de Expertos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Abril de 2012

EQUIPO DE INVESTIGACIÓN

Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Grupo Nacional de Trabajo de España en la Red Iberoamericana de Expertos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Co-dirección y coordinación del Informe

Rafael de Asís Roig, Responsable del Grupo Nacional de Trabajo de España en la Red Iberoamericana de Expertos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Patricia Cuenca Gómez, Relatora Especial del Grupo Nacional de Trabajo de España en la Red Iberoamericana de Expertos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Investigadores: Rafael de Asís Roig, María del Carmen Barranco Avilés, Ignacio Campoy Cervera, Patricia Cuenca Gómez, Miguel Ángel Ramiro Avilés, Mario Ospina Ramírez, Álvaro Fernando Benavides López, Rosa M. Valverde Martínez.

Con la colaboración de los alumnos de la Clínica jurídica “Igualdad y No discriminación por razón de discapacidad” del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, curso 2010/2011, Ricardo Andrés Arrieta Castañeda, Karin Jeannette Guevara Rodríguez, Lucía Bertha Ramón Torres, Liliana Patricia Rojas Rojas Julio César Silva Meneses.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN.....	1
1. LA REGULACIÓN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA EN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. UNA VISIÓN SOBRE EL SENTIDO Y ALCANCE DEL ART. 12.....	5
1.1. Algunas precisiones conceptuales.....	6
1.2. El enfoque y la filosofía del art. 12.	6
1.3. Elementos medulares del art. 12.....	9
1.4. La conexión del art. 12 con otros artículos de la CDPD.....	21
1.5. Algunas consideraciones generales en torno al impacto del art. 12 de la CDPD en las legislaciones nacionales.....	24
2. LA REGULACIÓN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....	26
2.1. La situación legal existente en España en materia de capacidad jurídica.....	27
2.2. La implementación y la aplicación del art. 12 de la CDPD en el contexto español.....	39
3. PROPUESTAS DE REFORMA DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA EN MATERIA DE CAPACIDAD JURÍDICA.....	47
3.1 Resumen ejecutivo de las principales propuestas de reforma.....	49
3.2 Propuestas de reforma por ámbitos.....	56
3.2.1. Conceptos básicos.....	56
3.2.2. Régimen general de personalidad jurídica y de capacidad jurídica.....	67
3.2.3. Procedimiento de incapacitación.....	77
3.2.4. Instituciones de protección y representación.....	82
3.2.5. La voluntad anticipada.....	95
3.2.6. Capacidad para ejercer actos jurídicos patrimoniales.....	99
3.2.7. Capacidad para ejercer actos jurídicos personalísimos.....	102
3.2.8. Régimen de Responsabilidad Civil.....	113

3.2.9. Régimen de Responsabilidad Penal.....	115
3.2.10. Régimen de internamiento en instituciones psiquiátricas o médicas y tratamientos involuntarios.....	146
3.2.11. Derechos del Paciente.....	155
3.2.12. Evaluación de la capacidad ante operadores jurídicos claves.....	213
3.2.13 Capacidad jurídica en las relaciones laborales y sindicales.....	237
ANEXO I. PROCEDIMIENTO DE REFORMA.....	242
ANEXO II. PRINCIPIOS PARA LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL ART. 12. UNA PROPUESTA DESDE LA RED IBEROAMERICANA DE EXPERTOS EN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	245
ANEXO III. LISTA DE PROPUESTAS DE REFORMA COMPLETA	253

PRESENTACIÓN

Este Informe ha sido elaborado por un equipo de investigación del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” en el marco del Proyecto “Estudio, implementación y seguimiento sobre Capacidad Jurídica de la CDPD en los ordenamientos jurídicos locales” desarrollado por la Red Iberoamericana de Expertos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (www.redcdpd.org)

Esta Red, coordinada por el Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos "Alicia Moreau" de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata y la Asociación Civil EQUAL, ambas de Argentina, es una organización con fines académicos y sociales que tiene como misión el estudio, aplicación y seguimiento de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) así como de los principios legales y sociales que promueve

El Proyecto “Estudio, implementación y seguimiento sobre Capacidad Jurídica de la CDPD en los ordenamientos jurídicos locales” tiene como principal objetivo explorar y analizar las normas vigentes en los sistemas jurídicos nacionales iberoamericanos que se encuentran en colisión con el paradigma del artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad así como la formulación de propuestas de modificaciones o ajustes necesarios para adecuar los ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados de la región a los principios generales de la CDPD.

En este Proyecto la labor investigadora de la Red se ha centrado en los países de España, Argentina, Brasil, México, Colombia y Perú, los cuales fueron seleccionados en relación a su densidad de población, influencia regional, distribución geográfica, expertos e instituciones asociadas disponibles, y ratificación de la CDPD. Para su desarrollo se conformaron diferentes Grupos de Trabajo Nacionales entre los que se encuentra, por parte de España, el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”.

El IDHBC configuró un equipo de trabajo integrado por investigadores expertos en la temática de la discapacidad y por investigadores en formación que están elaborando sus Tesis doctorales en cuestiones relacionadas con el objeto del proyecto.

Además, en el desarrollo del proyecto y muy especialmente en la elaboración del informe que aquí se presenta, se contó con la colaboración de los alumnos de la edición 2010/2012 de la Clínica de Igualdad y No Discriminación por razón de discapacidad del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.

El Proyecto, todavía en ejecución, se compone de varias etapas. En la primera etapa se procedió a la identificación y recopilación de normas nacionales pertenecientes a una serie de ámbitos temáticos considerados especialmente relevantes que pudieran estar en colisión con el paradigma del art. 12 de la CDPD¹. En la segunda etapa, y tomando como base estudios teóricos sobre el significado del art. 12 realizados por los diferentes grupos y documentos sobre buenas prácticas y experiencias comparadas², se elaboraron informes de propuestas y recomendaciones de reforma legislativa para la adaptación de las legislaciones nacionales a las disposiciones de la CDPD en materia de capacidad jurídica en los ámbitos temáticos identificados en la primera etapa. En la tercera etapa, aún en marcha, se trata de elaborar una estrategia para difundir estos informes.

En cada una de estas fases, además de con el equipo de investigación antes descrito, se ha venido contando también con la colaboración de una serie de expertos, algunos de ellos representantes de instituciones públicas y privadas implicadas en la lucha por los derechos de las personas con discapacidad, que han actuado como socios consultivos aportando su visión sobre la investigación y su opinión sobre los diferentes documentos preliminares y borradores que se han ido generando. La participación de estos expertos externos se ha articulado mediante el envío de observaciones y sugerencias a los coordinadores. Igualmente, se han tenido en cuenta iniciativas de reforma que se están planteando desde diferentes ámbitos.

¹ Esta etapa culminó con la elaboración de diversos documentos que pueden consultarse en web de la Red Iberoamericana de Expertos en la Convención entre los que destaca el “Primer Informe sobre la situación legal existente en materia de capacidad jurídica de las Personas con Discapacidad en los Estados miembros de la Red”. Sobre la base de este informe se elaboró un Cuadro comparativo sobre la situación legal existente en materia de capacidad jurídica de las Personas con Discapacidad en los Estados miembros de la Red y un Cuadro explicativo sobre la situación legal existente en materia de capacidad jurídica de las Personas con Discapacidad en los Estados miembros de la Red. Una adaptación del Cuadro explicativo referente al Ordenamiento jurídico español se ha utilizado en el apartado 2 de este informe.

² Sobre la base de los diferentes estudios sobre el significado del art. 12 y sobre buenas prácticas elaborados por los Grupos Nacionales de Trabajo se realizaron dos documentos “Estudio teórico para la aplicación del art. 12 de la CDPD” y “Estudio sobre buenas prácticas para la aplicación del art. 12 de la CDPD” que se presentaron en junio de 2011 al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad respondiendo al *Call for Papers* hecho por este órgano para recibir documentos sobre las mencionadas cuestiones. El estudio teórico presentado por el Grupo de trabajo de España se ha tomado como base para la elaboración del apartado acerca del sentido y alcance del art. 12.

Pues bien, el presente informe se ha realizado sobre la base de las propuestas de reforma de la legislación española en materia de capacidad jurídica elaboradas por el Grupo Nacional de Trabajo de España en la segunda etapa del proyecto “Estudio, implementación y seguimiento sobre Capacidad Jurídica de la CDPD en los ordenamientos jurídicos locales”. En todo caso, el trabajo plasmado en este informe se enmarca, además, en el Proyecto Consolider “El tiempo de los derechos” que apoya la actividad general de la Red y del Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos “Alicia Moreau” y en el Proyecto del Plan Nacional “Dis-capacidad, independencia y Derechos Humanos” (DER 2011-22729).

Un borrador de este informe fue discutido con los miembros del Comité Asesor de la Red Iberoamericana de Expertos en la Convención, conformado expertos académicos provenientes de regiones de fuera del ámbito iberoamericano, representantes del movimiento internacional de personas con discapacidad y otros actores clave y presentado a la sociedad civil española en un Encuentro celebrado en Madrid durante los días 22-24 de noviembre de 2011³.

El contenido de este informe se estructura en tres apartados.

El primer apartado se orienta a presentar los aspectos esenciales de la regulación de la capacidad jurídica contenida en el art. 12 de la CDPD. En este apartado se recoge la visión que sobre el significado y alcance de este precepto ha manejado el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” y desde la cual se ha procedido a analizar la normativa española en materia de capacidad jurídica y a formular las propuestas de reforma contenidas en el apartado 3 de este informe. Esta visión supone una concreción de los “Principios para la interpretación y aplicación del artículo 12 de la CDPD a nivel nacional” propuestos y aprobados por la Red Iberoamericana de Expertos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que se incluyen como Anexo II del presente informe.

El segundo apartado expone los rasgos básicos de la regulación de la capacidad jurídica en el Derecho español y los principales pasos que se han dado hasta el momento para la implementación y aplicación del art. 12 de la CDPD.

En el tercer apartado se contienen las propuestas de reforma de la legislación española en materia de capacidad jurídica para su adaptación al art. 12 de la CDPD

³ Para la celebración de este encuentro se contó, además de con otras ayudas, con financiación de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo y del Ministerio de Asuntos Exteriores.

ordenadas de manera sistematizada en torno a los ámbitos temáticos especializados que fueron identificados desde el inicio del proyecto como especialmente relevantes para el objeto de estudio. Se expone primero un resumen ejecutivo de las principales reformas sugeridas y se recogen después las propuestas desarrolladas. En relación con cada una de las normas que se consideran “afectadas” por el art. 12 de la CDPD se incluye el contenido vigente del precepto, una propuesta que puede consistir en su mantenimiento, derogación o modificación, procediéndose este último caso a la redacción concreta del texto alternativo del precepto, y un comentario que se orienta a justificar la propuesta realizada.

En el Anexo I de este informe se recoge un documento relativo a los procedimientos de reforma de la normativa que se considera necesario modificar y como Anexo III se incluye la lista de normas y propuestas de reforma completa.

1. LA REGULACIÓN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA

EN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS

DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

UNA VISIÓN SOBRE EL SENTIDO Y ALCANCE DEL

ART. 12

Es usual considerar que el art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad introduce importantes avances y modificaciones respecto de la regulación de la capacidad jurídica vigente en los Derechos internos obligando a realizar reformas relevantes en las legislaciones nacionales. Ahora bien, el alcance de esta modificación y la profundidad de dichas reformas dependen de la posición que se asuma en torno al significado del art. 12 de la CDPD. En este punto conviene tener presente que la interpretación del art. 12 suscitó desde el propio proceso de negociación de la Convención y todavía hoy genera importantes disputas.

Por esta razón resulta esencial dar cuenta de la interpretación del art. 12 de la que parte este informe en el análisis de la compatibilidad de la normativa española en materia de capacidad jurídica con las previsiones contenidas en este precepto. Pues bien, como antes se dijo, la visión que asume el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” en torno al sentido y alcance del art. 12 se inspira en la posición común adoptada por la Red Iberoamericana de Expertos en la CDPD articulada en una serie de Principios considerados adecuados para la interpretación y aplicación de este precepto, que se recogen en el Anexo II del presente informe.

Como se comprobará la toma de postura del IDHBC en relación con la interpretación del art. 12 de la CDPD conduce a considerar este precepto como un auténtico cambio de paradigma en el tratamiento tradicional de la capacidad jurídica para cuya implementación no basta con introducir ajustes de detalle, mejoras puntuales o cambios terminológicos en las legislaciones nacionales, sino que es necesario acometer reformas sustanciales de gran calado y de gran alcance.

1.1. ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES

Para comprender el significado del art. 12 y dar cuenta de su impacto en el Ordenamiento jurídico español, resulta esencial con carácter previo aclarar las diferencias existentes entre tres conceptos: personalidad jurídica, capacidad jurídica y capacidad de obrar.

La personalidad jurídica se identifica con la capacidad de ser reconocido como persona ante la ley y constituye una condición imprescindible para la adquisición de derechos y de deberes. La personalidad jurídica se adquiere con el nacimiento y se extingue con la muerte de la persona. Dentro de la capacidad jurídica es posible diferenciar dos dimensiones. De un lado, un elemento estático o pasivo que hace referencia a la capacidad o idoneidad para ser sujeto o titular de derechos (*capacity of rights*). Y, de otro, una dimensión dinámica o activa que alude a la aptitud de los sujetos para ejercer por sí mismos dichos derechos (*capacity of act*).

En los ordenamientos jurídicos de base latina –como el ordenamiento jurídico español– se establece una distinción entre personalidad jurídica, capacidad jurídica y capacidad de obrar. La personalidad jurídica se define en los términos previamente descritos. Por su parte, la capacidad jurídica se identifica con el elemento estático antes señalado, esto es, con la posibilidad de ser titular de derechos. Y, finalmente, la capacidad de obrar alude a la dimensión dinámica, es decir, a la aptitud para el ejercicio de los derechos.

Pues bien, mientras que la personalidad jurídica y la dimensión estática de la capacidad jurídica se adquieren por el hecho de ser persona, no conocen de grados, limitaciones, ni modificaciones y permanecen inmutables a lo largo de la vida; la dimensión dinámica de la capacidad jurídica (capacidad de obrar en el sistema español) puede ser graduada, limitada o modificada en función de determinadas circunstancias o rasgos de la persona. Entre ellos se encuentran en muchos sistemas jurídicos, y también en el sistema español, la discapacidad.

1.2. EL ENFOQUE Y LA FILOSOFÍA DEL ART. 12

Antes de abordar el análisis del contenido del art. 12 es importante realizar dos reflexiones generales que condicionan de forma importante su interpretación.

La primera es que la CIDPD considera la capacidad jurídica, al igual que la discapacidad, como una cuestión de derechos humanos. Esta apreciación es importante

dado que tradicionalmente la capacidad jurídica ha sido abordada en los diferentes sistemas jurídicos estatales, y también en el sistema jurídico español, como una cuestión técnica y ha sido regulada desde una perspectiva iusprivatista, de acuerdo con los principios y necesidades propias del Derecho privado. De este modo, la regulación de la capacidad jurídica se considera como una cuestión relacionada con la intervención en el tráfico jurídico y está inspirada, básicamente en el principio de protección de la persona, pero también de terceros. . La asunción de este enfoque es, sin duda, uno de los factores que explican que la capacidad jurídica haya sido dejada de lado por la normativa y las políticas de derechos humanos que han sido adoptadas en los últimos años en el ámbito de la discapacidad, también en el orden jurídico español.

La Convención - y en concreto su art. 12 - deja claro que las condiciones de acceso a la capacidad jurídica inciden en un sentido esencial en las posibilidades de ejercicio de los derechos humanos. Ciertamente, la capacidad jurídica constituye la puerta de acceso al ejercicio de todos los derechos, por lo que su reconocimiento es un requisito imprescindible para poder ejercer y disfrutar de los derechos en igualdad de condiciones. En este sentido, la igualdad en la capacidad jurídica tiene un valor instrumental en relación con los demás derechos reconocidos en la CIDPD.

La segunda reflexión es que, al igual que el resto del articulado de la Convención, también el art. 12 debe ser leído desde los presupuestos del modelo social de la discapacidad y no desde el modelo médico. La adopción de uno o de otro modelo tiene implicaciones muy distintas e importantes a la hora de tratar la cuestión de la capacidad jurídica.

El *modelo médico o modelo rehabilitador* de la discapacidad, poniendo el acento en la persona, concibe la discapacidad como un problema centralmente *individual* que tiene su causa principal en las “limitaciones” originadas por el “padecimiento” de una deficiencia provocada por un accidente, enfermedad o condición de salud. Desde el enfoque propio de este modelo, el tratamiento del fenómeno de la discapacidad se orienta a rehabilitar o normalizar a las personas con discapacidad con el objetivo de que puedan integrarse en la sociedad. De este modo, la normalización se convierte en requisito previo para la integración y, por tanto, se presenta como una condición imprescindible para que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones y, consecuentemente, para su acceso en idénticos términos a la capacidad jurídica. Así, el modelo médico, si bien reconoce a las personas con discapacidad personalidad jurídica y la dimensión estática de la capacidad jurídica

(capacidad jurídica en el sistema español), permite y justifica la introducción de importantes restricciones en la dimensión dinámica de la capacidad jurídica (capacidad de obrar en el sistema español).

De acuerdo con los presupuestos anteriormente expuestos, el modelo médico entiende que las personas “normales” poseen ciertas habilidades cognitivas – sentir, comunicarse, razonar de determinadas maneras consideradas adecuadas – que les permiten tomar decisiones sobre sus proyectos de vida de una forma “correcta”, es decir, de manera libre, autónoma, independiente y responsable. Partiendo de tal premisa, aquellas personas que no encajan en este patrón abstracto e ideal son directa o indirectamente etiquetadas como “incapaces”. Así, la respuesta que se ofrece a las personas que tienen dificultades para adoptar sus propias decisiones según los parámetros de “normalidad” antes mencionados consiste, de un lado, en negarles dicho derecho restringiendo e incluso anulando su capacidad jurídica. Y, de otro, en transferir ese derecho a un tercero, que sustituye a la persona “incapaz” en la adopción de las decisiones que no puede realizar por sí mismo y, por ende, en el ejercicio de los derechos con ellas vinculados. En este sentido, el llamado modelo de sustitución en la toma de decisiones, que sobreprotege a las personas con discapacidad y refuerza actitudes paternalistas, se presenta como un complemento necesario del modelo médico de tratamiento de la discapacidad.

El modelo social, traslada el centro del “problema” de la discapacidad desde el individuo a la sociedad. De acuerdo con esta nueva óptica, las causas que dan origen a la discapacidad se consideran preponderantemente sociales y no tanto personales. No son las limitaciones individuales ocasionadas por las deficiencias las que *discapacitan*, sino las limitaciones de una sociedad que no toma en consideración a las personas con discapacidad estableciendo barreras que las excluyen y discriminan.

El modelo social rechaza la ideología de la normalización al considerar que la idea de normalidad no es neutra (sino algo impuesto por quienes responden a los parámetros físicos y psíquicos del estereotipo culturalmente dominante) y que, en realidad, no es más que un mito (pues todas las personas toman sus decisiones de manera interdependiente, condicionadas por el contexto social, con el apoyo o consejo de otras personas, no siempre eligen de manera “racional”, teniendo en cuentas las consecuencias de las decisiones y su “mejor interés” etc.). Este modelo contempla la capacidad jurídica como una construcción social que, al privilegiar cierto tipo de capacidades y determinadas maneras de desarrollarlas consideradas “estándar”, ha

discriminado históricamente a diversos colectivos de personas, entre ellos a las personas con discapacidad. Frente al modelo médico, el modelo social mantiene que no hay capacidades que valgan más que otras ni maneras correctas de desarrollarlas; que la sociedad no está compuesta por sujetos capaces e incapaces, sino por sujetos con capacidades diversas que pueden tener más o menos dificultades para tomar sus propias decisiones y necesitar diferentes niveles de asistencia en su adopción; y que tales dificultades pueden traer causa no tanto de los rasgos de las personas sino de las situaciones en las que éstas se encuentran y de la manera en la que hemos diseñado el entorno físico, intelectual etc.

Así, desde el modelo social no son las personas las que tienen que cambiar y superar sus “deficiencias” para merecer ser consideradas capaces, sino que es la capacidad jurídica la que tiene que cambiar y adaptarse a la situación de las personas con discapacidad. Las personas con discapacidad son titulares de derechos, pero, además, se les debe reconocer la capacidad para ejercerlos por sí mismas estableciéndose para ello las medidas que sean necesarias (es decir deben tener reconocida las dos dimensiones de la capacidad jurídica, o, si nos referimos al sistema español capacidad jurídica y capacidad obrar). Medidas que consistirían básicamente en dos herramientas: accesibilidad universal y los ajustes – que pueden llegar a consistir en el apoyo de un tercero - razonables necesarios. Por tanto, desde el modelo social se rechaza el sistema de sustitución en la toma de decisiones, y se señala la necesidad de adoptar un sistema de apoyos que promueva la autonomía de las personas con discapacidad y la adopción de sus propias decisiones. Este es el camino que, como enseguida se comprobará, emprende el art. 12.

1.3. ELEMENTOS MEDULARES DEL ARTÍCULO 12

A la hora de determinar el sentido y alcance del art. 12 de la CIDPD resulta esencial tener presente que sus previsiones no deben interpretarse de forma aislada, sino conjuntamente con otras disposiciones de este instrumento internacional. En este punto adquiere relevancia interpretativa tanto el Preámbulo⁴ de la CIDPD, como otras disposiciones de su articulado: el art. 1 que establece el propósito de este instrumento⁵,

⁴ Que, por ejemplo, reconoce en su inciso m) “la importancia que para las personas con discapacidad reviste su independencia y autonomía individual, incluida la libertad de toma sus propias decisiones”.

⁵ Que, como se ha venido reiterando, consiste en “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”

el art. 2 que contiene la definición abierta de personas con discapacidad⁶, el art. 3 que recoge los principios generales que deberán informar el resto del articulado y que pueden sintetizarse en la dignidad y la igualdad y el art. 5.2 que prohíbe la discriminación por motivos de discapacidad⁷, entre otros. Se expondrá a continuación la visión de los diferentes apartados del art. 12 en los que se basan las propuestas contenidas en este informe.

Inciso 1- “Los Estados partes reafirman que todas las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

Suele considerarse que el inciso 1 del artículo 12 reconoce lo “obvio” y que no supone una gran innovación respecto de la situación anterior a su aprobación, puesto que ya otros tratados internacionales de derechos humanos contienen previsiones similares (por ejemplo el art. 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Por esta razón, este inciso emplea el término “re-afirmación”. Ahora bien, este precepto puede cobrar relevancia en relación con algunas cuestiones.

En primer lugar, y puesto que la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento, este inciso refuerza el art. 10 de la Convención que contempla el derecho de las personas con discapacidad a la vida en igualdad de condiciones, y puede apoyar la consideración de que este derecho no puede ser denegado sobre la base de la discapacidad, cuestionamiento que parecen hacer algunas legislaciones que contemplan plazos más amplios para la interrupción voluntaria del embarazo en el caso de que el feto pueda presentar una discapacidad de determinadas características.

Del mismo modo, el inciso 1 del artículo 12 puede requerir una revisión de la legislación nacional para detectar posibles discriminaciones basadas en la discapacidad en relación con algunos de los efectos que se derivan del reconocimiento de la personalidad jurídica (nacionalidad, nombre, dirección, patrimonio etc.).

Así, toda ley o práctica por la cual no se registra a una persona con discapacidad al nacer, o se le niega un documento de identidad o se le descalifica, por ejemplo, para heredar debe considerarse contraria al inciso 1 del art. 12. Pero, además, este inciso

⁶ Que, como es sabido, establece que “*las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*”.

⁷ Que es definida en el art. 2, según se ha señalado, en los siguientes términos “*cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo*”.

también requiere que las normas y prácticas que rigen la obtención de documentos de identidad etc. sean incluyentes teniendo en cuenta las exigencias de accesibilidad y la necesidad de establecer ajustes razonables. De otro modo se estaría negando el derecho de las personas con discapacidad a ser reconocidas como personas ante la ley.

Inciso 2- “Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

Se trata, probablemente, de una de las disposiciones más relevantes de la Convención, que no tiene precedentes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y que obligará a introducir importantes modificaciones en los ordenamientos jurídicos internos. La interpretación de esta exigencia de igualdad en el ámbito de la capacidad jurídica se presenta como una cuestión esencialmente polémica⁸. Se presentará a continuación la que, a nuestro juicio, constituye la interpretación más adecuada de sus aspectos esenciales

A la hora de interpretar este artículo cobra importancia, en primer lugar, el concepto de “personas con discapacidad”. La Convención considera en su preámbulo que “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” y entiende en su art. 1 que “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Del tenor de estas disposiciones se deduce que, según la Convención, la discapacidad es el resultado de la interacción de las deficiencias – elemento médico – con barreras de diversa naturaleza – elemento social. Y se resalta, asimismo, lo cual constituye otro pilar del modelo social, como estas barreras pueden impedir la participación de las personas con discapacidad en la sociedad en igualdad de condiciones que el resto de las personas. Se ha señalado que el concepto de

⁸ De ellas son muestra las reservas y declaraciones interpretativas que, tras aprobación de la CIDPD, diversos países han formulado en relación con el art. 12 que, según algunos expertos, serían nulas al enfrentarse al espíritu de este tratado internacional (Vid. International Disability Alliance, “Opinión Legal sobre el Artículo 12 de la CDPD” de 21 de junio de 2008, disponible en <http://www.internationaldisabilityalliance.org>). Igualmente, resulta revelador del carácter polémico y al mismo tiempo central de este precepto el hecho de que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, órgano internacional de seguimiento de la CDPD, haya dedicado varias sesiones en octubre de 2009 y en octubre de 2011 a discutir sobre el sentido de este precepto.

discapacidad que maneja la Convención puede calificarse de mínimo y abierto. La Convención ofrece una definición mínima de discapacidad que incluye a las personas mencionadas, pero la definición no es cerrada en la medida en que no excluye a otras situaciones o personas que puedan estar protegidas por el legislador interno. Se trata, además y como consecuencia de lo anterior, de un concepto de discapacidad dinámico – que como se señala en el Preámbulo “evoluciona” – permitiendo adaptaciones a lo largo del tiempo y en diversos entornos socioeconómicos.

Una de las implicaciones más relevantes que se derivan de esta noción de discapacidad en relación con el art. 12 es que el análisis de la capacidad jurídica, y las posibles medidas a adoptar en este ámbito, no deben partir de un enfoque médico centrado exclusivamente en los rasgos de las personas, en las deficiencias, sino de un enfoque social que tenga en cuenta la situación en la que se encuentra la persona y la importancia de los factores relacionados con el entorno. Esta apreciación es importante porque las legislaciones nacionales a la hora de justificar las limitaciones que muchas de ellas permiten imponer a la capacidad jurídica se centran exclusivamente en la deficiencia (deficiencia física, sensorial o mental, enfermedades, trastornos) y, en consonancia con lo anterior, para su adopción se requiere contar con un dictamen médico (sin que se entre a analizar la situación social de la persona). En todo caso, importa aclarar que el hecho de que las legislaciones nacionales no empleen el término discapacidad, sino términos técnicos o médicos como “demencia”, “deficiencia”, “anomalía” etc. no puede ser una excusa para no aplicar la Convención.

En segundo lugar, debemos determinar el significado del término “capacidad jurídica” en el art. 12. La interpretación de este término (y en concreto la discusión acerca de si debe entenderse referido únicamente a la dimensión estática de la capacidad jurídica, capacidad jurídica a secas en el sistema español, o también a la dimensión dinámica, capacidad de obrar en el sistema español) suscitó mucha polémica durante la negociación de la CIDPD y todavía hoy genera, importantes disputas. De hecho algunos países han formulado reservas o declaraciones interpretativas en relación con el art. 12 que dejan fuera de su ámbito de aplicación a la capacidad de actuar, o de ejercicio (capacidad de obrar en el sistema español).

Debe entenderse que el término capacidad jurídica del art. 12.2 incluye las dos dimensiones de la capacidad jurídica, tanto la capacidad de ser titular de derechos, como la capacidad de ejercer tales derechos (esto es, en la terminología empleada en el sistema español, tanto la capacidad jurídica como la capacidad de obrar).

Esta interpretación puede apoyarse en el Informe que el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos presentó al Comité Especial en su Sexta Reunión denominado “Capacidad jurídica”. De este informe se deriva que tanto en los trabajos preparatorios de la Convención, como en el Derecho Internacional la capacidad jurídica se contempla como concepto amplio que alude tanto a la capacidad de tener derechos, como a la capacidad de ejercicio de los derechos. También de la filosofía del modelo social que inspira la Convención, del contenido de su Preámbulo y del de otras disposiciones de su articulado y del resto de los incisos del art. 12 se extrae esta interpretación. En efecto, si el inciso 2 del artículo 12 dejara fuera a la capacidad de actuar (capacidad de obrar en el sistema español) resultaría redundante en relación con el art. 1 (y en relación con las disposiciones de otros Tratados internacionales) y el inciso 3 que se refiere a las medidas de apoyo no tendría ningún sentido. Esta interpretación parece ser la asumida en las Observaciones que hasta el momento ha realizado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre los informes iniciales presentados por los Estados miembros en cumplimiento del art. 35 de la Convención y ha sido expresamente defendida por el Comité sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

La previsión “en igualdad de condiciones de los demás” – que se repite insistentemente a lo largo del articulado de la Convención – impide que la capacidad jurídica pueda ser cuestionada por razón de discapacidad, lo que supondría, además, una discriminación por motivo de discapacidad prohibida por el art. 5. En este punto es importante tener en cuenta que la Convención entiende por “discriminación por motivo de discapacidad” “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo”. Esto incluye todas las formas de discriminación (directa o indirecta) y, entre ellas, la denegación de ajustes razonables.

Ni la discapacidad, ni tampoco la deficiencia, que forma parte del concepto de discapacidad que emplea la Convención, pueden constituir por sí mismas una justificación para anular o restringir la capacidad jurídica. Cualquier medida relativa a la capacidad jurídica debe basarse en elementos inclusivos y neutrales en cuanto a las discapacidades y las deficiencias y no debe tener nunca ni la intención ni el resultado de

excluir a las personas con discapacidad. Así, todas las disposiciones de las legislaciones nacionales que automáticamente consideran “incapaces” a las personas que tienen determinadas deficiencias, deben ser entendidas como un supuesto de discriminación directa. Y aquellas disposiciones que incluyen otros elementos adicionales (como por ejemplo la capacidad de autogobierno), pero que tienen el efecto de afectar exclusivamente o desproporcionadamente a las personas con discapacidad o deficiencias deben ser cuidadosamente examinadas para determinar si se trata de supuestos de discriminación indirecta.

En relación con lo anterior, resulta crucial tener presente que el art. 12 – tal y como se deriva de su tenor literal, que no establece distinciones, de la previsión de articular apoyos, que se contempla en el art. 12.3, de la definición no cerrada de discapacidad, que se contiene en el art. 2, del propósito de la Convención que consiste, como señala el art. 1, en reconocer “todos los derechos” a “todas las personas” con discapacidad, del Preámbulo que se refiere a las personas que necesitan apoyos más intensos – sienta el paradigma de “capacidad jurídica universal”, para todas las personas con discapacidad sin exclusiones por razón del tipo o del grado de discapacidad. Ciertamente, cuando la Convención quiere apartarse de esta terminología general y universal para referirse a las personas con discapacidades específicas o para aludir a determinadas personas con discapacidad, lo hace expresamente. De este modo, la Convención sienta una presunción *iuris et de iure* en relación con la capacidad jurídica que no puede ser modificada, restringida o anulada.

El inciso 2 del art. 12 establece que las personas con discapacidad tienen igual capacidad jurídica “en todos los aspectos de la vida”. Esta previsión cobra enorme importancia en las legislaciones nacionales que, en gran medida como consecuencia del abordaje de esta cuestión desde el enfoque del Derecho privado, prestan atención y regulan con detalle los aspectos patrimoniales relacionados con el ejercicio de la capacidad, pero descuidan otras esferas personales, sociales, políticas etc. En efecto, por lo que respecta a los aspectos no patrimoniales, los Derechos internos no suelen establecerse previsiones o garantías específicas (con la excepción de algunos derechos personalísimos). Pues bien, la regla de igualdad en la capacidad jurídica del art. 12 se proyecta en todas las esferas de actuación de la persona. Mientras que su aplicación en el ámbito patrimonial exigirá reformar las legislaciones nacionales, su aplicación en el resto de los ámbitos de actuación de la persona implicará la adopción de soluciones que cubran las lagunas existentes en este momento. Esta observación afecta especialmente a

las normas que regulan el ejercicio de los derechos fundamentales, que deberán contemplar el modelo de apoyos.

La referencia a “todos los aspectos de la vida” impide, además, dejar fuera de la aplicación del art. 12 determinadas parcelas que podrían tratar de excluirse del radio de acción de este precepto como, por ejemplo, las decisiones relacionadas con la salud, la sexualidad o la reproducción.

Para cerrar el análisis del inciso 2 del art. 12 conviene tener presente que la exigencia de igualdad en el ámbito de la capacidad requiere, como antes se apuntó, poner en marcha dos herramientas propias del modelo social que la propia Convención también contempla: la accesibilidad universal y los ajustes razonables. El reconocimiento de la igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad exige, en efecto, que se erradiquen las barreras que dificultan la toma de las propias decisiones y donde las dificultades persistan no se trata de transferir el derecho a decidir a un tercero, sino de poner a disposición de las personas los ajustes necesarios – que pueden consistir en el apoyo de un tercero – para poder ejercer ese derecho con las debidas garantías. La accesibilidad en todos los ámbitos en los que debe desplegarse la capacidad jurídica resulta crucial para lograr la igualdad de las personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos. Cuando las medidas de accesibilidad no son suficientes, debe establecerse un sistema de apoyo personalizado adaptado a la situación de la persona que permita el ejercicio de su capacidad jurídica. A esto se refiere el inciso 3 del artículo 12.

Inciso 3- Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

En efecto, el inciso 3 del art. 12 señala la obligación de los Estados de establecer los apoyos que las personas con discapacidad puedan requerir en el ejercicio de su capacidad jurídica. De esta forma, la Convención reconoce que las personas con discapacidad que se encuentran en determinadas situaciones, si bien tienen la misma capacidad jurídica que los demás, pueden requerir la adopción de algunas medidas positivas – del mismo modo que quizá también otras personas – para garantizar la igualdad de oportunidades en su ejercicio. Así, la capacidad jurídica es igual o universal para todos, pero deben reconocerse diferentes modalidades de ejercicio adaptados a la situación de las personas. De este modo, a través del reconocimiento de la igualdad en la capacidad jurídica y del establecimiento de apoyos el art. 12 trata de encontrar un

adecuado balance entre la protección y la autonomía de las personas con discapacidad, a las que tradicionalmente se había sobreprotegido restringiéndose arbitrariamente su autonomía.

Este precepto supone el reemplazo de los mecanismos de sustitución en el ejercicio de la capacidad jurídica, presentes en muchas legislaciones nacionales, por mecanismos de apoyo. Al igual que sucede en los sistemas de sustitución, también en el sistema de apoyos interviene un tercero pero su papel es sustancialmente distinto: no se trata de decidir por la persona, sustituyendo su voluntad, se trata de ayudar a decidir a la persona por sí misma. De este modo, las medidas de apoyo deben articularse como mecanismos de asistencia en todo el proceso de toma de decisiones (comprensión y evaluación de información relevante, valoración de las diferentes opciones y sus consecuencias, expresión de voluntad y preferencias). Las medidas de apoyo, a diferencia de los mecanismos de sustitución, no suponen una restricción de la autonomía y de la capacidad, sino una promoción de la autonomía, y de la capacidad jurídica potenciando al máximo las posibilidades de ejercicio de los derechos.

En todo caso, la necesidad de apoyo y su intensidad dentro de la filosofía impuesta por la Convención, deben evaluarse atendiendo no sólo a parámetros médicos, ni a habilidades funcionales, sino también a factores sociales y lo mismo cabe afirmar en relación con la modalidad, el nivel y la figura de apoyo considerada pertinente.

El reemplazo del modelo de sustitución por el modelo de apoyo se articula en la Convención como un reemplazo total. El modelo de sustitución en la toma de decisiones no tiene cabida dentro de la exigencia de igual capacidad jurídica, ni siquiera como excepción a la regla general del apoyo; excepción que entraría en juego, como algunos reclaman, en relación con las discapacidades más severas. Ello no supone negar la evidencia de que en algunas situaciones –por ejemplo, en aquellas circunstancias en las que no es posible por ningún medio conocer la voluntad de la persona– la necesidad de apoyo será tan intensa que consistirá en la práctica en una “acción de sustitución”. En todo caso, la acción de sustitución, cuya pertinencia deberá ser evaluada en cada caso, se llevaría a cabo en función de la concurrencia de una situación determinada y no en razón de discapacidad y, en consecuencia, podría tener cabida en situaciones que no son de discapacidad. Además, esta acción de sustitución deberá realizarse desde el paradigma del modelo de apoyo y, por tanto, tendrá que ser coherente con la narrativa y la historia de vida de la persona con discapacidad, con sus preferencias, valores, deseos etc. ser tomada, como antes se señaló, para ella y no por ella.

La prestación de apoyo, es un mecanismo integral diseñado por la Convención para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad. El art. 12.3 reconoce este apoyo de manera genérica, pero la obligación de promover formas de asistencia y apoyo aparece también específicamente contemplada en otros preceptos (en el art. 9 en relación con el acceso a la información, en el art. 23 en relación con la crianza de hijos, en e art. 24 en relación con la educación, en el artículo 29 en relación con el derecho al voto). Esta extensión del apoyo refuerza el reconocimiento general otorgado a la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad en "todos los aspectos de la vida" en el artículo 12.2 de la CDPD.

La CDPD no diseña específicamente el sistema de apoyo dejándolo abierto a las legislaciones nacionales, que, en todo caso, deberán dar participación en su diseño a las personas con discapacidad en cumplimiento de la obligación establecida en el art. 4.3 de la Convención.

A nuestro modo de ver este sistema debería tener, al menos, las siguientes características:

1) Debe ser implantado gradualmente: su implantación deberá ser paulatina, por lo que durante un periodo de tiempo deberá convivir en paralelo con el sistema de sustitución.

2) Debe ser un sistema complejo: la articulación de este sistema no consiste simplemente en reemplazar el nombre de tutela o curatela por el de persona de apoyo en las legislaciones nacionales, sino que exige crear y/o promover la creación de diversas figuras de apoyo y dotarlas de un estatus legal, adaptar o reemplazar otras instituciones legales, establecer protocolos que favorezcan la prevención de ciertas situaciones, desarrollar una acción política que garantice la capacitación de las personas con discapacidad y de las personas de apoyo, dotar de recursos materiales, humanos y financieros etc.

3) Debe ser diverso, individualizado, adaptado y centrado en la situación de la persona: el sistema de asistencia en la toma de decisiones debe adaptarse a las diferentes situaciones personales y sociales teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tipo de figura de apoyo y el tipo de acto jurídico implicado. En este sentido, el sistema de apoyo debe ser diseñado como un “continuum”, contemplando apoyos más o menos intensos. Los apoyos más intensos, como antes se señaló, pueden llegar a consistir en la práctica en decidir por la persona y no con la persona. Pero no se trata de una sustitución en la toma de decisiones como en el pasado. En primer lugar, porque a la luz

del art. 12 estas situaciones se convierten en situaciones extremas y excepcionales y en muchos casos reversibles a través del fomento de relaciones de comunicación significativa y de confianza. En segundo lugar, porque según ya se dijo, las acciones de sustitución no pueden justificarse en la discapacidad de la persona y por tanto pueden tener sentido en las situaciones que no son discapacidad. En tercer lugar, porque la acción de sustitución sólo puede tener lugar en relación con decisiones que necesitan ser adoptadas y que no supongan un daño irreparable a la persona o sus derechos.

4) Debe estar basado en el reconocimiento y valoración de los apoyos informales con los que cuentan las personas que tienen dificultades en la toma de sus decisiones y permitir e incluso fomentar u obligar, en algunas situaciones, a la formalización de estos apoyos. En todo caso, la ausencia de formalización no puede ser una excusa para denegar el reconocimiento y la prestación de los apoyos.

5) Debe involucrar a toda la sociedad. No solo el Estado y sus diferentes autoridades deben velar por el adecuado funcionamiento del sistema de apoyo, sino que también los sujetos privados deben contribuir. Por esta razón la educación y la capacitación de los profesionales que actúan en diferentes áreas (jurídica, médica, económica, laboral, social, negocial etc.) es fundamental.

6) Debe ser respetuoso con los deseos, preferencias y voluntad de las personas: que deben ser siempre tenidos en cuenta, también en la propia elección de las medidas y de la propia figura de apoyo.

7) Debe diseñarse de un modo abierto e inclusivo: el sistema de apoyo debe diseñarse pensando en todas las personas que puedan tener dificultades para ejercer su capacidad jurídica y no sólo para las que tienen un determinado tipo de discapacidad.

8) Debe ser amplio: los mecanismos de asistencia deben proyectarse en todas aquellas esferas en las que las personas requieran apoyo en la toma de sus decisiones y mantenerse –con las debidas revisiones– mientras sean necesarios. Esta consideración se ve avalada, además, por la previsión del art. 12.2 que reconoce la igualdad en la capacidad jurídica “en todos los aspectos de la vida”.

9) Debe estar presidido por los derechos: el sistema de apoyo debe orientarse a favorecer y potenciar al máximo el ejercicio de los derechos por parte de las personas a las que se asiste y ser plenamente respetuoso con los mismos. Relacionado también con el rasgo anterior, importa señalar que los mecanismos de apoyo –en contra de lo defendido desde algunos planteamientos– deben proyectarse sobre cuestiones relacionadas con el ejercicio de derechos fundamentales, pues no se trata de medidas

restrictivas, como sucede en el caso de las medidas de sustitución, sino de medidas promocionales que se orientar a potenciar al máximo su ejercicio. En todo caso, y dada la relevancia de la materia afectada, deben establecerse en este ámbito salvaguardas adecuadas.

10) Debe estar “salvaguardo”: a esta exigencia se refiere, precisamente, el apartado 4 del art. 12.

Inciso 4- Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas

Por lo que respecta a las “salvaguardas” contempladas en el art. 12.4, algunos planteamientos las conciben como medidas para el ejercicio de la capacidad jurídica diferentes y más fuertes que los apoyos, lo que podría abrir la puerta al modelo de sustitución, tal y como se manejó en versiones anteriores de esta disposición. Sin embargo, y a tenor de la redacción final del art. 12 y de acuerdo con el espíritu general de la Convención, debe entenderse que las salvaguardas se proyectan sobre los mecanismos de apoyo, orientándose a evitar los abusos. Las salvaguardas no deben ser contempladas como elementos orientados a regularizar y a racionalizar acciones de sustitución, sino que su papel es, precisamente, evitar que los mecanismos de apoyo se conviertan en mecanismos de sustitución.

Aunque las salvaguardas deberán concretarse en la implementación del sistema de apoyos, la Convención identifica “una serie de ámbitos donde apuntar” que respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas; que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida; que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona; que se apliquen en el plazo más corto posible que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial

competente, independiente e imparcial; que sean proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

La referencia al respeto a la voluntad y las preferencias de la persona ostenta una importancia esencial, pues supone situar en el centro del sistema la autonomía de la persona y sustituye al criterio “del mejor interés” orientado a la protección de la persona. Así, en el funcionamiento general u ordinario de las medidas de apoyo esta voluntad y preferencias siempre deben ser respetadas. En los casos excepcionales de apoyos intensos que puedan llegar a implicar decisiones sustitutivas, los apoyos deberán consistir en “reconstruir” la voluntad y las preferencias de la persona.

En todo caso, se podría pensar que, puesto pueden existir diferentes niveles de apoyo, también la intensidad de las salvaguardas puede variar según los casos. Así, a nuestro modo de ver, las autoridades judiciales y el Ministerio Fiscal deben tener un papel central como garantes del buen funcionamiento general del sistema de apoyos y se deben establecer controles periódicos en relación con las medidas de apoyo “formalizadas” . Ahora bien, en los supuestos de medidas de apoyo más intensas o en relación con actuaciones especialmente relevantes los mecanismos de control deberían ser también más intensos e importantes y la intervención de estas autoridades debería ser preceptiva.

La previsión de que las medidas se apliquen en el menor tiempo posible – que es más acorde con el modelo de sustitución y que es un “resto” de las versiones anteriores del artículo que daban cabida a este modelo en determinadas circunstancias – podría entenderse referida a las medidas de apoyo adoptadas en situaciones de emergencia excepcionales (situaciones en las que, conviene tener presente, pueden encontrarse no sólo las personas con discapacidad).

Inciso 5- Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán porque las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

El inciso 5 del art. 12, alude la obligación de asegurar que las personas con discapacidad puedan acceder a una serie de ámbitos económicos y patrimoniales – propiedad, herencia, control de asuntos económicos, hipotecas, préstamos bancarios, y

otras modalidades de crédito financiero – de los que tradicionalmente han sido excluidas y de garantizar que no sean privadas de sus bienes arbitrariamente. Este inciso, que es una concreción en una esfera específica de los incisos art. 2 y 3 del artículo 12, confirma la igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad “en todos los aspectos de la vida”, independientemente de la complejidad de los actos implicados. Y obliga a dismantlar las leyes nacionales que usualmente descalifican a las personas con discapacidad para realizar estas tareas y a adoptar las medidas de apoyo adecuadas.

1.4. LA CONEXIÓN DEL ART. 12 CON OTROS ARTÍCULOS DE LA CDPD

Como antes se apuntó el art. 12 no debe ser entendido de manera aislada, sino que en su interpretación debe tenerse en cuenta el modelo social que inspira la Convención, su Preámbulo, y otros artículos de este instrumento internacional, como el propio art. 1, que establece el objeto de este Tratado, el art. 2, que define el concepto de personas con discapacidad y el art. 3, que establece los principios generales que deben guiar su aplicación. Pero, además, el artículo 12 se relaciona también con derechos concretos contenidos en el articulado de la Convención.

Resulta esencial insistir en que el art. 12 es un derecho sustantivo, pero además un principio transversal que confiere a las personas con discapacidad el poder de ejercer los demás derechos conforme a la propia voluntad, por lo que se relaciona con todos los derechos que la Convención contempla. En este sentido, se ha resaltado la importancia crucial que reviste el que este derecho sea protegido de toda limitación o exclusión basada en la discapacidad, pues cualquier restricción de la capacidad jurídica por motivo de discapacidad supondrá además una discriminación en relación con el ejercicio del resto de los derechos.

En todo caso, en este apartado se señalarán tan sólo las disposiciones de la Convención que aparecen más directamente relacionadas con el art. 12.

Ya se ha dicho con anterioridad que cualquier cuestionamiento – directo o indirecto - de la capacidad jurídica por motivo de discapacidad constituye una discriminación prohibida por el art. 5 . Así, teniendo en cuenta lo señalado en el art. 4 (obligaciones generales), los Estados parte tienen el deber de derogar todas las normas y prácticas que discriminan a las personas con discapacidad en lo que respecta al ejercicio de la capacidad jurídica y de adoptar todas las medidas necesarias para lograr la igualdad en este terreno.

Relacionado con lo anterior, parece posible justificar que, al igual que la denegación de la realización de ajustes razonables (art. 2), también la denegación del acceso al apoyo que una persona con discapacidad pueda necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica constituye un supuesto de discriminación. Igualmente, la lectura conjunta del art. 12 y del art. 5 permite entender que las legislaciones nacionales antidiscriminatorias deben tratar la cuestión de la capacidad jurídica y asegurar el acceso pleno y real de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones en todas las áreas en las que ésta debe ser ejercida. En este punto las exigencias de accesibilidad (art. 9) y los ajustes razonables (no sólo, pero también el apoyo de un tercero) cobran una importancia de primer orden. El inciso 3 del art. 12, leído conjuntamente con el mandato de acciones afirmativas o positivas que se contiene en el art. 5.2, exige que se dé un mayor apoyo a las personas con discapacidad que tienen necesidades de asistencia más altas.

También el art. 13, que contempla el derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás y se presenta también como un derecho instrumental para la efectiva protección y garantía de los demás derechos, tiene una estrecha conexión con el art. 12. Para garantizar el efectivo acceso a la justicia de las personas con discapacidad es necesario reconocer su capacidad “procesal” para intervenir activamente en todas las fases de los procedimientos judiciales estableciéndose para ello los ajustes que puedan resultar necesarios (art. 13) y, por tanto, en este ámbito han de operar también los mecanismos de apoyo (art. 12). En este sentido, deben eliminarse todas las trabas legales que niegan a las personas con discapacidad su actuación como partes plenas en los procesos judiciales y establecerse las medidas positivas necesarias que faciliten su participación. Pero, además, la combinación entre estos dos artículos obliga a revisar aquellas legislaciones que consideran que algunas “deficiencias” suponen la falta de capacidad para actuar como testigos, jurados o como profesionales en el ámbito de la Administración de justicia.

La exigencia de igualdad en la capacidad jurídica que el art. 12 establece se ve también vulnerada cuando se permite una privación de libertad, institucionalización, internamiento, una detención o un tratamiento médico obligatorio por motivo de discapacidad (se utilice, o no, el mecanismo de la interdicción o incapacitación). En este sentido, el art. 12 se conecta con el art. 14 (libertad y seguridad de la persona), con el art. 17 (protección de la integridad personal) y con el art. 25 d) (que establece la

necesidad de que la atención médica a las personas con discapacidad se base en su consentimiento libre e informado).

Además, y tal y como se ha señalado en un informe el Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, estas prácticas – especialmente aquellas de carácter alterador e irreversible - constituyen un trato inhumano y degradante prohibido por la Convención contra la tortura y también por el art. 15 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (que se refiere a la protección de este colectivo contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes). Pues bien, según se apunta en este informe, la tortura “presupone una situación de impotencia en la que la víctima está bajo el control absoluto de otra persona” y las personas con discapacidad pueden verse en estas situaciones, entre otras razones, debido a la existencia de leyes “discriminatorias que privan a una persona de capacidad jurídica”. Estas prácticas deben ser sustituidas por medidas de apoyo que respeten la autonomía de las personas con discapacidad y les permitan adoptar sus propias decisiones “en todos los aspectos de la vida” como exige el art. 12. Los supuestos en los que puede considerarse justificado un tratamiento médico sin que medie el consentimiento de la persona o un internamiento involuntario (por una necesidad de protección de la propia persona o de los demás) no pueden estar diseñados de tal manera que se apliquen exclusivamente o de manera “desproporcionada” a las personas con discapacidad y en tales procedimientos deben establecerse siempre y en todo caso las garantías necesarias.

El inciso 4 del art. 12 (salvaguardas) se relaciona estrechamente y se ve reforzado por el art. 16, que se refiere a la protección de las personas con discapacidad contra la explotación, la violencia y el abuso que se proyecta también en el ejercicio de la capacidad jurídica.

El art. 12 se conecta, asimismo, con el art. 19 que establece el derecho a la vida independiente y a ser incluido en la comunidad. Se ha entendido que este precepto establece un mandato de “desinstitucionalización”. Así, en virtud de estos preceptos, deben establecerse los apoyos necesarios para que las personas con discapacidad puedan decidir acerca de su modo de vida. Igualmente, la interpretación sistemática de estos artículos exige, en el caso de aquellas personas cuyas relaciones familiares y de amistad han sido cortadas debido a una institucionalización, que se creen las condiciones necesarias en el espacio social para que se puedan conocer sus preferencias.

Finalmente, interesa señalar que el art. 12 exige también que se usen todas las formas de comunicación alternativas y aumentativas para posibilitar el ejercicio de la capacidad jurídica (en conexión con el art. 2 y con el art. 21).

1.5 ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO AL IMPACTO DEL ART. 12 DE LA CDPD EN LAS LEGISLACIONES NACIONALES

A la luz de la interpretación que en los anteriores apartados se ha realizado del contenido del artículo 12 cabe afirmar la necesidad de realizar, entre otras, las siguientes reformas:

1) La adopción del modelo social de discapacidad y la inclusión de la referencia a los apoyos en las leyes de cabecera de los diferentes sistemas jurídicos que definen a las personas con discapacidad y que las protegen contra la discriminación.

2) La eliminación de instituciones como la incapacitación o interdicción, en tanto suponen una restricción, limitación o anulación de la capacidad jurídica que se basa de manera directa o indirecta en la discapacidad o deficiencia y que da lugar a la puesta en marcha de mecanismos de sustitución en la toma de decisiones. El procedimiento de incapacitación debe ser reemplazado por un procedimiento de provisión de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica, de acuerdo con los principios establecidos en la Convención. Este proceso debe tener como protagonista a la persona, evaluar no solamente las dificultades “individuales” que pueden obstaculizar la toma de sus propias decisiones, sino también la situación social en la que se encuentra, respetar su voluntad, deseos y preferencias, establecer las salvaguardas apropiadas etc. En todo caso, y al margen de este proceso, las personas deben tener derecho a que se les reconozcan, a usar y a que se les presten las medidas de apoyo que precisen en el ejercicio de su capacidad.

3) La derogación de las figuras de protección y sustitución, propias de la incapacitación, como la tutela y la curatela, y la instauración de figuras de apoyo y de mecanismos diversos y flexibles orientados a asistir, y no a sustituir, a la persona en la toma de sus decisiones ajustados a su situación y necesidades y que se proyecten sobre todas sus esferas de actuación, tanto en el ejercicio de derechos patrimoniales, como en el ejercicio de derechos personales.

4) La derogación de todas las leyes “sectoriales” que restringen el ejercicio de la capacidad jurídica en áreas específicas basándose en la incapacitación, la discapacidad o

en la deficiencia, “descalificando” a ciertas personas con discapacidad para disfrutar de derechos o desempeñar actividades y responsabilidades (por ejemplo, votar, ocupar cargos públicos, ejercer como jurado, contraer matrimonio, criar a sus hijos, disponer de bienes, celebrar contratos de diferente naturaleza, incluidos contratos de trabajo, adoptar decisiones en el contexto médico o sanitario o en relación con los servicios sociales). En estos ámbitos deben operar también las medidas de apoyo que promuevan el ejercicio de la capacidad jurídica y la prestación del consentimiento válido

5) La derogación de las leyes que permiten intervenciones médicas, tratamientos, esterilizaciones, internamientos forzosos etc. basándose en la discapacidad y sin que medie el consentimiento de la persona.

6) La posible regulación de los internamientos forzosos y de las intervenciones y tratamientos médicos involuntarios o sin consentimiento – en caso de considerarse pertinentes por necesidades de urgencia vital, protección de la propia persona y/o peligro para terceros – debe efectuarse de manera neutral en relación con la discapacidad y la deficiencia. En los supuestos de internamiento no voluntario deben establecerse mecanismos para proteger los derechos de personas involucradas, arbitrarse medios de defensa adecuados, revisiones periódicas y en el caso de que la persona afectada sea una persona con discapacidad arbitrarse los ajustes razonables y los apoyos para que las medidas anteriores puedan ser efectivas.

7) La adopción de medidas que garanticen la accesibilidad de todos los ámbitos en los que debe ejercerse la capacidad jurídica.

8) El establecimiento de mecanismos no excluyentes que permitan a las personas, también a las que precisan apoyos, expresar su voluntad anticipada en previsión de no poder expresarla en el futuro.

9) La revisión de las leyes penales y su relación con la discapacidad y la deficiencia estableciendo, de nuevo, parámetros neutrales en relación con la imputación de la responsabilidad criminal.

10) La revisión de las reglas que regulan la responsabilidad civil, su relación con la discapacidad y la deficiencia y la responsabilidad objetiva terceros.

11) La reforma de las normas procesales con el objeto de que reconozcan la capacidad procesal de todas las personas con discapacidad y la operatividad de los ajustes razonables y los mecanismos de apoyo en este contexto.

2. LA REGULACIÓN DE LA CAPACIDAD

JURÍDICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

ESPAÑOL

España fue uno de los primeros países que firmaron tanto la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad como su Protocolo facultativo, el mismo día en que se abrió a la firma, el 30 de marzo de 2007. El Estado español no formuló ninguna reserva ni declaración interpretativa, tampoco en relación con el controvertido art. 12. Tras la firma se iniciaron con celeridad los trámites internos necesarios para la publicación del instrumento de ratificación de este Tratado que finalmente tuvo lugar el 21 de abril de 2008. En ese momento ya se habían cumplido los requisitos establecidos para la entrada en vigor de la Convención, que finalmente se produjo el 3 de mayo de ese mismo año.

Posiblemente la rapidez con la que el Estado español procedió a la ratificación de la Convención, responde a que con anterioridad a su adopción se habían aprobado algunas leyes importantes como la Ley 51/2003 de Igualdad de Oportunidades No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad y la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Situaciones de Dependencia que – si bien con ciertas insuficiencias y problemas, algunos directamente relacionados con la implementación del art. 12 por lo que también en este Informe se recomienda la reforma de algunos de sus preceptos – asumían el enfoque de derechos humanos y la filosofía del modelo social en el tratamiento de la discapacidad.

Sin embargo, estas leyes, al igual que sucede en otros sistemas jurídicos nacionales, habían dejado al margen la regulación de la capacidad jurídica que, de acuerdo con lo señalado anteriormente, se sigue considerando centralmente como una cuestión técnica, y no como una cuestión de derechos humanos, se aborda desde los valores y fines propios del Derecho privado, y no desde los valores que presiden el discurso de los derechos y responde al modelo médico de tratamiento de la discapacidad y no al modelo social. Conviene, además, tener presente que la visión que la legislación civil mantiene en relación con los aspectos básicos de la regulación de la capacidad (el régimen general de capacidad jurídica, la institución y el procedimiento de incapacitación, la regulación de las figuras de guarda y protección), “irradia” en muchos

otros ámbitos de la legislación española que contienen previsiones que también se enfrentan radicalmente con la filosofía y con el contenido del art. 12 de la Convención.

Aunque el legislador español todavía no ha procedido a la reforma de la normativa en materia de capacidad jurídica, tampoco en la reciente Ley 26/2011, de 1 de agosto de adaptación normativa a la Convención, sí que se han dado algunos pasos, no siempre en la línea más adecuada, para la implementación de este precepto y, además, el TS español se ha pronunciado sobre la compatibilidad del sistema español de incapacitación con el art. 12.

2.1. LA SITUACIÓN LEGAL EXISTENTE EN ESPAÑA EN MATERIA DE CAPACIDAD JURÍDICA.

A continuación se incluye un breve cuadro explicativo de la situación legal existente en España en relación con los principales ámbitos temáticos en los que incide la regulación de la capacidad jurídica contenida en el art. 12 de la CDPD.

AMBITOS	SITUACIÓN LEGAL EN ESPAÑA
Concepto de Discapacidad o de Persona con Discapacidad	<p>El art. 49 de la Constitución española, que alude específicamente al fenómeno de la discapacidad responde tanto en su terminología, como en su contenido material al modelo médico de tratamiento de la discapacidad y el art. 14 de nuestro texto constitucional no contempla expresamente la discapacidad como un motivo especialmente odioso de discriminación.</p> <p>En su redacción original la LIONDAU consideraba personas con discapacidad a aquéllas que tengan reconocido por la Administración un grado de minusvalía igual o superior al 33%. Esta definición se ha reformado recientemente introduciendo la definición de la Convención, pero la nueva redacción plantea dudas acerca de si sólo las medidas de carácter judicial y, no por ejemplo las medidas contra la discriminación, son aplicables a todas las personas con discapacidad independientemente del reconocimiento de un grado de discapacidad.</p> <p>El grado de discapacidad se determina en un procedimiento administrativo que ha sido desarrollado por algunas Comunidades Autónomas. Este procedimiento se lleva a cabo por el órgano competente en cada Comunidad Autónoma conforme a unos baremos establecidos por el Real Decreto citado para todo el territorio estatal. En ese procedimiento se realiza un reconocimiento médico de la persona con discapacidad y se emite un dictamen técnico facultativo. Los factores sociales tienen un peso limitado en la baremación.</p> <p>Tampoco la Ley 39/2006 ni la Ley 27/2007 de 23 de octubre por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los</p>

	<p>medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas terminan de asumir el modelo social de discapacidad ni asumen la exigencia de igualdad en la capacidad jurídica impuesta por el art. 12.</p>
<p>Régimen general de personalidad y capacidad jurídica</p>	<p>En el sistema jurídico español la personalidad jurídica se adquiere con el nacimiento y se extingue con la muerte de la persona.</p> <p>En todo caso, el TC ha considerado que el concebido no nacido es un bien jurídico susceptible de protección. En el año 2010 se aprobó una Ley – la Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo - que despenalizaba el aborto con carácter general, a petición de la embarazada, cuando se produce en las primeras catorce semanas de gestación. Esta Ley contempla que, excepcionalmente, siempre y cuando no se superen las 22 semanas de gestación podrá interrumpirse el embarazo en tres supuestos que parece pueden afectar a las personas con discapacidad. En primer lugar, cuando exista “riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija”; en segundo lugar cuando se detecten “anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención”, y, en tercer lugar, cuando se detecte en “el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico”.</p> <p>En el sistema jurídico español, la personalidad jurídica determina, además, la posesión de la llamada capacidad jurídica. La capacidad jurídica implica la aptitud para ser titular de derechos y deberes. En nuestra legislación la capacidad jurídica se considera reflejo de la personalidad y se tiene por el mero hecho de ser persona, es la misma para todos los individuos, no conoce de grados ni de modificaciones y no se ve afectada por las circunstancias personales de los individuos. Por su parte, la capacidad de obrar implica la aptitud para ejercer los derechos y deberes. Algunas personas, por ejemplo, los menores o las personas incapacitadas, sí que pueden ver limitada, restringida o incluso anulada su capacidad de obrar a través de la institución de la incapacitación.</p> <p>La incapacitación se concibe y se regula en nuestro sistema como una institución restrictiva de la autonomía y de los derechos de la persona incapacitada y precisamente por tal razón se predica de ella un carácter excepcional. Tal restricción se considera, en todo caso, necesaria y justificada a la luz del principio de protección en torno al cual se articula el entero sistema de incapacitación. En efecto, la limitación de la capacidad jurídica que supone la incapacitación se orienta a proteger a la propia persona incapacitada pero también a proteger la seguridad del tráfico.</p> <p>Es común señalar que el sistema español parte de una presunción general de plena capacidad en relación con todas las personas adultas y, por tanto, también en relación con las personas</p>

	<p>con discapacidad. Se trata, en todo caso, de una presunción <i>iuris tantum</i> que puede rebatirse – sólo - cuando concurren ciertas circunstancias legalmente previstas y - únicamente - en el marco de un proceso judicial.</p> <p>El art. 199 del Código Civil establece que <i>“nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley”</i>. Las causas de incapacitación aparecen reguladas en el art. 200 del Código civil que establece que <i>“Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”</i>.</p> <p>Suele insistirse en que la legislación española no considera la discapacidad, o las deficiencias, por sí mismas, como causa de incapacitación afirmándose que el presupuesto fundamental para que opere este “mecanismo de protección” lo constituye la imposibilidad de autogobierno, esto es, la consecuencia de la “enfermedad o deficiencia” Sin embargo, conviene tener presente que este artículo parece tener la intención y desde luego despliega el efecto de incluir únicamente a las personas con discapacidad. De este modo, parece posible afirmar que legislación española permite la restricción de la capacidad jurídica por razón de discapacidad. De nuevo, en sintonía con el modelo médico, el “incapaz” lo es, por los “rasgos” que lo identifican, esto es, por causa de las “enfermedades o deficiencias” que padece, y no por la situación en la que se encuentra.</p>
<p>Procedimiento de incapacitación</p>	<p>El procedimiento judicial de “incapacitación” regulado en la Ley de Enjuiciamiento civil se articula como un procedimiento especial de carácter contencioso o contradictorio. En este procedimiento actúa como demandante aquél que promueve el procedimiento - que pueden ser determinados familiares o el Ministerio Fiscal- y como demandado el presunto incapaz, que también puede iniciar el procedimiento. Obligatoriamente debe intervenir el Ministerio Fiscal, aunque no sea él quien promueve la incapacitación. La normativa española establece que el juez debe examinar al presunto incapaz, aunque no está obligado a tener en cuenta su voluntad y preferencias, a oír a sus parientes más próximos y que debe contar con los dictámenes facultativos necesarios, lo que en la práctica suelen limitarse a un informe pericial psiquiátrico. De todo lo anterior se deduce que en el sistema español la determinación de la imposibilidad del autogobierno, la valoración de su grado, y la elección del correspondiente sistema de guarda, se basan en criterios netamente médicos sin que la legislación exija, ni en la práctica siempre se tenga en cuenta, la evaluación de la situación real y del entorno social de la persona afectada.</p> <p>Según la legislación vigente la sentencia de incapacitación debe establecer la extensión y los límites de la restricción de la capacidad de obrar y determinar el régimen de guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado. En la práctica, sin embargo, se han establecido dos grandes grados de incapacitación 1) total que</p>

	<p>supone el sometimiento a tutela del incapacitado 2) parcial que supone el sometimiento a curatela del incapacitado. En todo caso, la debido quizá a su escasa regulación los jueces suelen desconfiar de la curatela de este mecanismo que suelen entender “insuficiente” para la protección de la persona por lo que la mayoría de las sentencias, contradiciendo el carácter restrictivo de la incapacitación que debería comportar la solución contraria, suelen decantarse por establecer la incapacitación total y el sometimiento a tutela.</p> <p>La sentencia de incapacitación se inscribe en el Registro civil, produce efectos frente a todos y no afecta a situaciones pasadas. La incapacitación supone, en función de que se declare la incapacitación parcial o total, la restricción o la anulación de la capacidad de obrar de las personas afectadas y puede extenderse tanto a actos de carácter patrimonial como a actos de carácter personal.</p> <p>La legislación española – si bien contempla la posibilidad de que “sobrevinidas nuevas circunstancias pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida” – tampoco prevé la revisión periódica, ni de oficio de las medidas adoptadas inicialmente.</p>
Instituciones de Protección y Representación	<p>En el sistema jurídico español las instituciones de guarda y protección de las personas incapacitadas son, básicamente, la tutela y la curatela. El tutor y el curador de los incapacitados son designados en el procedimiento de incapacitación. La normativa vigente establece que para su designación el juez debe oír al presunto incapaz, aunque no está obligado a tener en cuenta su opinión. El Código civil establece que para nombrar tutor se preferirá al designado por el tutelado, y señala después una relación priorizada de personas que deben ser nombradas tutores o curadores de la persona incapaz.</p> <p>El tutor se configura como el representante de la persona incapacitada sustituyéndole en la toma de decisiones relacionadas tanto con sus actos patrimoniales como con sus actos personales, salvo en aquellos que por disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación, el incapacitado puede realizar por sí mismo. En este punto, es importante de nuevo tener en cuenta que la sentencia de incapacitación no suele contener disposiciones que señalen qué actos puede realizar por sí misma la persona incapacitada. Por lo tanto, si se declara la incapacidad total, la representación con carácter general alcanzará a toda la esfera jurídica del tutelado tanto personal como patrimonial. Ahora bien, la legislación española establece que para la realización de algunos actos patrimoniales de especial trascendencia el tutor necesitará autorización judicial. Igualmente, la representación no cabe en relación con algunos actos considerados personalísimos que sólo pueden ser realizados por el propio sujeto. Sin embargo, sí que se permite en relación con otros actos personalísimos – esterilización, tratamientos médicos – en los que, en ocasiones se requiere la comunicación al Ministerio Fiscal o la autorización judicial.</p>

	<p>El curador se configura como un asistente de la persona incapacitada en la toma de las decisiones relacionadas con aquellos actos que expresamente señale la sentencia de incapacitación. En tanto la sentencia no suele contener previsiones específicas, se entiende que el curador asiste a las personas incapacitadas en aquéllos actos para cuya realización el tutor requiere autorización judicial. Aunque explícitamente la legislación civil no lo establece, la curatela suele ser interpretada, aunque no siempre, como una figura de contenido estrictamente patrimonial.</p> <p>Importa también resaltar que en el orden jurídico español no se establece claramente la obligación de actuar conforme a la voluntad, deseos y preferencias del incapaz o, al menos, de tenerlos en cuenta, en el funcionamiento de su régimen de guarda, ni siquiera en aquellos supuestos en los que se han de adoptar medidas de especial trascendencia en el ejercicio de sus derechos fundamentales</p> <p>El control del ejercicio de la representación se realiza por el juez y bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal. El tutor debe rendir cuentas anualmente ante el juez y al finalizar la tutela. También el curador está bajo la supervisión del juez.</p> <p>En el ordenamiento jurídico español existe desde 2003 la figura del patrimonio protegido. Esta figura tiene por objeto la protección económica de determinadas personas con discapacidad, aquéllas que tengan reconocido un grado de discapacidad física mayor del 65% o de discapacidad psíquica mayor del 33%. Se trata de un patrimonio específicamente destinado a satisfacer las necesidades de las personas con discapacidad que goza de un régimen fiscal especial más beneficioso. El patrimonio protegido lo pueden constituir, en escritura pública ante notario, la propia persona con discapacidad beneficiaria siempre que tenga capacidad de obrar, o, en el caso de que no la tenga sus padres, tutores, curadores o guardadores de hecho.</p>
<p>La voluntad anticipada</p>	<p>También desde la reforma del año 2003 la legislación española contempla la denominada autotutela. Así, una persona con discapacidad, siempre, de nuevo, que tenga capacidad de obrar, puede, en previsión de ser incapacitada en el futuro, adoptar ante notario cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, y también podrá designar un tutor.</p> <p>Igualmente, como antes se indicó, la propia persona con discapacidad, con capacidad de obrar suficiente, puede constituir un patrimonio protegido.</p> <p>En el ámbito sanitario se regula el llamado documento de instrucciones previas en el cual una persona puede expresar anticipadamente su voluntad sobre sus cuidados y el tratamiento de su salud con el objeto de que se cumpla en el caso de que llegue a una situación en la cual no pueda expresar su voluntad personalmente. En este documento se puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento</p>

	<p>de las instrucciones previas. Este documento sólo pueden otorgarlo las personas mayores edad, libres y capaces. La normativa sobre voluntades anticipadas es diferente en cada Comunidad Autónoma y el modo de registrar estas voluntades también difiere.</p>
<p>Capacidad para realizar actos jurídicos patrimoniales</p>	<p>Los actos jurídicos realizados por una persona antes de ser declarada incapaz son considerados actos válidos. Tan sólo serán anulables cuando pueda probarse la ausencia de los requisitos esenciales que la legislación establece con carácter general para su validez (por ejemplo, la falta de consentimiento).</p> <p>Los actos jurídicos llevados a cabo por una persona después de ser declarada incapaz son actos anulables (según algunos autores incluso nulos) en el caso de que la sentencia de incapacitación o la ley establezcan que deben ser realizados a través de representante (tutor) o con la asistencia del curador y se incumpla esta exigencia.</p> <p>En el sistema jurídico español las personas incapacitadas no pueden prestar su consentimiento para celebrar contratos válidos y tampoco pueden realizar donaciones o aceptar aquéllas que estén condicionadas o que supongan una contraprestación. En materia de sucesiones, pueden aceptar o repudiar la herencia las personas que puedan disponer libremente de sus bienes. La persona incapacitada sometida a curatela puede, si la sentencia de incapacitación no establece otra cosa, aceptar la herencia asistido por el curador. Si se trata de una persona sometida a tutela, el tutor necesitará autorización judicial para aceptar una herencia sin beneficio de inventario y para repudiarla. No necesitara esta autorización para la partición de la herencia, aunque con posterioridad a su realización tal partición deberá ser aprobada por el juez.</p>
<p>Capacidad para ejercer actos jurídicos personalísimos</p>	<p>En relación con algunos actos personalísimos el sistema jurídico español, no tiene tanto en cuenta la existencia, o no, de una declaración de incapacitación como que la persona goce de “capacidad natural” suficiente. La capacidad natural podría definirse, con carácter general, como la capacidad de discernimiento y juicio suficientes para adoptar una decisión en el caso concreto. La capacidad natural se determina siempre de acuerdo con parámetros médicos, se define en algunos casos en la propia legislación y se aplica en términos excluyentes para las personas con discapacidad y no se establecen mecanismos de apoyo para poder paliar los obstáculos que las personas, incapacitadas, o no, pueden encontrar para el ejercicio de su llamada “capacidad natural”. En el caso de que una persona con discapacidad carezca de capacidad natural no podrán realizar estos actos ni por sí misma, ni por medio de su representante.</p> <p>De este modo, los actos personalísimos realizados por una persona con discapacidad con anterioridad a la declaración de incapacitación se consideran válidos y despliegan plenos efectos jurídicos, salvo que con posterioridad pueda demostrarse que la persona carecía en ese momento de capacidad natural suficiente. Y, en la misma línea, los actos personalísimos de una persona</p>

	<p>incapacitada sólo pueden considerarse válidos si ésta posee capacidad natural para su realización.</p> <p>En concreto, por lo que respecta a la capacidad para contraer matrimonio, la legislación española establece que pueden contraer matrimonio aquellas personas que cumplen los requisitos de capacidad exigidos en la legislación civil y señala que en el caso de que alguno de los contrayentes estuviera afectado por “deficiencias o anomalías psíquicas” se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento.</p> <p>En relación con el derecho a otorgar testamento, nuestra legislación establece que la capacidad para testar debe valorarse atendiendo al estado psíquico que tiene una persona en el momento en que pretende otorgar testamento y declara incapacitado para testar al que se “encuentra habitual o accidentalmente privado de cabal juicio”.</p> <p>En materia de filiación, la normativa vigente exige para la validez del reconocimiento de hijos por parte de personas incapacitadas la aprobación por parte de un juez con audiencia del Ministerio Fiscal.</p> <p>La adopción en nuestro sistema jurídico se constituye por resolución judicial, en la que se tendrá en cuenta el interés del adoptado y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad. Dicha idoneidad debe declararla por la entidad pública competente de la Comunidad Autónoma correspondiente. Los criterios de idoneidad que manejan las diferentes Comunidades Autónomas no son homogéneos y no siempre son públicos. En todo caso, en muchas Comunidades se exige para comenzar los trámites un certificado médico en el que ha de constar la buena salud mental del o de los solicitantes. Y durante el procedimiento suelen realizarse informes de carácter psico-social. La existencia de psicopatologías es considerada como una causa de no idoneidad.</p> <p>Finalmente, conviene destacar que las mujeres que no gozan de plena capacidad de obrar no pueden acceder a las técnicas de reproducción humana asistida.</p> <p>Para constituir asociaciones y formar parte de las mismas las personas físicas deben tener capacidad de obrar y no estar sujetas a ninguna condición legal para el ejercicio del derecho.</p>
<p>Régimen de responsabilidad civil</p>	<p>Las personas con discapacidad con capacidad para contratar – esto es, aquellas que tengan plena capacidad de obrar – son responsables civilmente. En el caso de personas incapacitadas, cuando el contrato lo realice en su nombre el representante legal será éste el responsable. Como antes se dijo, los contratos realizados por personas incapacitadas sin la intervención del tutor o curador, cuando ésta sea necesaria, son anulables o incluso nulos.</p> <p>En el Derecho de daños español no existe ninguna norma que regule específicamente la responsabilidad civil de las personas con discapacidad, ni que – a diferencia de lo que sucede en el ámbito penal- excluya la responsabilidad de las personas con discapacidad psíquica o mental. En todo caso, para que se genere responsabilidad civil es necesario, además de que se realice una conducta</p>

	<p>antijurídica que causalmente provoque un daño, que concorra el elemento de la culpa. La culpa se entiende en nuestro sistema, con carácter general, en un sentido subjetivo de tal manera que para imputar responsabilidad es necesario que el causante del daño tenga capacidad de discernimiento suficiente para conocer el alcance de sus acciones. Si concurre esta circunstancia una persona con discapacidad mental o psíquica responderá con su patrimonio por los actos que realice. Y no será responsable en el caso de no ser consciente de las consecuencias actos. Lo anterior es aplicable, también, según la doctrina, en el caso de que la persona esté incapacitada. De esta forma, es el juez quien decide en cada caso si concurre o no culpa subjetiva.</p> <p>Además, según la legislación civil los tutores son responsables objetivamente de los actos realizados por los incapacitados que habiten en su compañía a no ser que demuestren que actuaron con la diligencia de un buen padre de familia. Se discute si esta responsabilidad de aplica también a los guardadores de hecho y cuidadores. La persona que en el desempeño de una función tutelar sufriera daños, sin culpa por su parte, tiene derecho a ser indemnizado con cargo de los bienes del tutelado.</p>
<p>Régimen de responsabilidad penal</p>	<p>En el Derecho penal español se consideran exentos de responsabilidad en el ámbito penal quienes al tiempo de cometer la infracción no pudieran comprender la ilicitud del acto o actuar conforme a dicha comprensión debido a anomalías o alteraciones psíquicas. Esta circunstancia también puede ser considerada una atenuante cuando no se dan todos los elementos.</p> <p>Se suele afirmar que en el Ordenamiento jurídico español la actual legislación penal, frente a la anterior, adopta un método mixto a la hora de juzgar la capacidad o comprensión del acto por parte de la persona que tiene en cuenta la existencia tanto de una base patológica o médica (una alteración o anomalía), como de un efecto psicológico (alteración de la conciencia o voluntad). En este sentido, a la hora de probar de la inimputabilidad se suelen exigir informes tanto de un médico (psiquiatra forense) como de un perito forense.</p> <p>La persona sólo puede ser considerada inimputable, y ser sometida, en su caso, a una de las medidas de seguridad establecidas en el Código Penal tras la celebración del correspondiente juicio en el que cuenta con las garantías de defensa establecidas con carácter general en la legislación española. El juez cuando tenga indicios de que puede concurrir una causa de inimputabilidad por anomalías o alteraciones psíquicas debe someter al procesado a la observación de los médicos forenses y recabar información sobre su estado mental (para lo cual deberá oír a las personas que puedan tenerla por sus circunstancias personales y por las relaciones que hayan tenido con el procesado antes y después de haberse ejecutado el hecho.). Si, en efecto, concurre la causa de inimputabilidad, una vez celebrado el juicio se dicta auto de sobreseimiento libre y, podrá aplicarse la medida de seguridad consistente en internamiento para</p>

	<p>tratamiento médico o educación especial en un centro adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica.</p> <p>Según la legislación penitenciaria las personas a las que se les haya aplicado la eximente por anomalía o alteraciones psíquicas y en relación con las cuales se considere pertinente el internamiento ingresarán en Establecimientos o Unidades Psiquiátricas Penitenciarias. También ingresan en estos centros los detenidos o presos con patología psiquiátrica, cuando la autoridad judicial decida su ingreso para observación, y los ya penados en los que se observe una enajenación mental sobrevenida.</p> <p>La duración del internamiento para las personas que se hayan declarado exentas de responsabilidad criminal, deberá ser establecida en la sentencia y, en todo caso, no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad si el sujeto hubiera sido declarado responsable. El internamiento deberá cesar en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto. En este sentido, el Juez de Vigilancia Penitenciaria debe elevar al menos anualmente una propuesta de cese, mantenimiento, sustitución, o suspensión de la medida basada en los informes de los facultativos y profesionales que asistan a la persona afectada.</p> <p>El juez o tribunal que haya dictado la sentencia debe comunicar al Ministerio Fiscal, con suficiente antelación, la proximidad del vencimiento del internamiento.</p> <p>En estos casos, el Ministerio Fiscal, si lo considera procedente puede además instar la declaración de incapacidad ante la jurisdicción civil y, en su caso, internamiento conforme a las normas de la legislación civil.</p>
	<p>La legislación española permite el internamiento forzoso de una persona afectada por un trastorno psíquico que impida a la persona decidir por sí misma sobre tal internamiento. Aunque se trate de una persona sometida a patria potestad o a tutela o curatela el internamiento involuntario exige siempre autorización judicial. Dicha autorización será previa al internamiento en el llamado internamiento ordinario. En el caso del internamiento de urgencia, se exige convalidación posterior de la medida por parte del juez que deberá ser informado de su adopción en un plazo de 24 horas y deberá pronunciarse en un plazo máximo de 72 horas desde que tenga conocimiento del internamiento. El internamiento puede ser adoptado también como medida cautelar en el curso de un procedimiento de incapacitación.</p> <p>Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal debe oír a la persona afectada, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida.</p> <p>Además, y sin perjuicio de que se pueda practicar cualquier otra prueba que se estime relevante, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y contar con el dictamen de un facultativo. La resolución judicial que autoriza o</p>

	<p>que ratifica el internamiento debe establecer la obligación de los médicos de emitir informes periódicos sobre la evolución de la persona internada, como mínimo cada seis meses. El internamiento finaliza cuando el tribunal lo decida o cuando los facultativos que atienden a la persona internada consideran que no es necesario mantener el internamiento, en cuyo caso deberán comunicar el alta médica al tribunal competente.</p> <p>La regulación del internamiento forzoso, que supone una privación de libertad es, en todo caso, menos garantista si la comparamos con la legislación penal e incluso con la legislación sanitaria. Además, en el ordenamiento jurídico español no existen normas explícitas que se refieran al ejercicio de los derechos de las personas una vez que han sido internadas, ni especiales garantías que traten de preservar su integridad física y moral, ni se exige previa autorización judicial para la aplicación de medidas terapéuticas.</p> <p>Actualmente no existe en el ordenamiento jurídico español una regulación general de los tratamientos obligatorios ambulatorios. Se está debatiendo sobre la necesidad de realizar esta regulación, en la medida en que podrían ser una alternativa al internamiento, menos agresiva.</p> <p>En este punto cobra importancia el principio de radicación contemplado en la Ley de Autonomía Personal y Atención a las Situaciones de Dependencia. Este principio que establece la permanencia de las personas en situación de dependencia siempre que sea posible en el entorno en el que desarrollan su vida apoya, de un lado, el desarrollo de tratamientos destinados a evitar la institucionalización y, de otro, exige que de ser necesaria la institucionalización se produzca en un centro situado en el entorno de la persona afectada.</p> <p>Fuera de estos supuestos, puede llegar a decretarse el internamiento involuntario de personas cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias.</p>
<p>Derechos del Paciente</p>	<p>En España existe legislación específica que regula tanto los derechos del paciente como las prácticas experimentales (las normas más importantes que cabe mencionar son la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, la Ley 14/2007 de 3 de julio, de Investigación Médica y el Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero regulador de los ensayos clínicos). También debe tenerse en cuenta la Ley 14/1986 general de sanidad. Esta normativa establece algunas diferencias de trato por lo que respecta a las personas con discapacidades intelectuales o mentales o incapacitadas.</p> <p>Algunas de las leyes del ámbito sanitario han sido modificadas recientemente por la Ley y el Real Decreto de adaptación normativa a la Convención en el sentido de establecer la obligación de accesibilidad de la información y de tener en cuenta la situación de la persona para la prestación del consentimiento. Sin</p>

	<p>embargo, solamente en una de estas reformas, se contempla expresamente la prestación de apoyos y se continúa arbitrando el consentimiento por representación, en ocasiones con especiales garantías y con especiales previsiones en relación con su participación en el proceso de toma de decisiones, en relación con las personas incapaces.</p> <p>La legislación española establece, con carácter general, que toda actuación que incida en el ámbito de la salud exige el consentimiento previo de los pacientes una vez que han recibido la información adecuada. Los pacientes tienen, además, el derecho a elegir entre las opciones clínicas disponibles o a negarse al tratamiento.</p> <p>El titular del derecho a recibir información es el propio paciente excepto en aquellos casos en los que, según el criterio médico, debido a su estado físico o psíquico, carece de capacidad para entender la información. En estos supuestos se establece que la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas al paciente razones por familiares o de hecho.</p> <p>Señala la legislación española que es posible desarrollar intervenciones médicas indispensables a favor de la salud del paciente sin necesidad de contar con su consentimiento en dos supuestos: en el caso de que exista riesgo para la salud pública o en el caso de que concurra riesgo inmediato para la integridad física o psíquica del enfermo y no sea posible conseguir su autorización.</p> <p>Según la ley española determinadas personas no tienen capacidad suficiente para prestar su válido consentimiento en el ámbito de las actuaciones médicas, siendo sustituidas por terceros. El consentimiento por representación entra en juego en dos supuestos relacionados con el tema que nos ocupa: 1) en el caso de que el paciente, a criterio del médico, no sea capaz de tomar decisiones o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho 2) en el caso de que el paciente esté incapacitado legalmente el consentimiento lo prestará su representante legal.</p> <p>Por lo que respecta a la investigación médica la legislación vigente establece algunas garantías específicas en relación con la participación de personas con discapacidad legalmente incapacitadas. En este supuesto, salvo que la sentencia de incapacitación les autorice a prestar su consentimiento, se señala que las personas incapacitadas sólo podrán participar en investigaciones médicas cuando se den las siguientes condiciones i) que los resultados de la investigación puedan producir beneficios reales o directos para su salud; (ii) que no se pueda realizar una investigación de eficacia comparable en individuos capaces de otorgar su consentimiento; (iii) que la persona, siempre que esté en condiciones de recibir la información, haya sido informada por escrito de sus derechos y de los límites legales establecidos para su protección (iv) que sus representantes legales, que tendrán en cuenta los deseos u objeciones previamente expresados por la persona</p>
--	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	<p>afectada, hayan prestado su consentimiento por escrito, después de haber recibido la información.</p> <p>Excepcionalmente, se pueden autorizar investigaciones que no vayan a producir resultados en beneficio directo de las personas incapacitadas siempre y cuando además del resto de los requisitos anteriormente señalados se den las siguientes condiciones: i) que la investigación tenga por objeto, a través de mejoras significativas en la comprensión de la enfermedad o condición del individuo, a un resultado beneficioso para otras personas de la misma edad o con la misma enfermedad o condición, en un plazo razonable ii) que la investigación entrañe un riesgo y una carga mínimos para el individuo participante iii) que la autorización de la investigación se ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal.</p> <p>Una regulación bastante similar- participación con algunas restricciones – se establece en relación con la participación de las personas legalmente incapacitadas en ensayos clínicos.</p> <p>En el caso de los trasplantes la legislación española excluye la posibilidad de que puedan ser donantes vivos de órganos las personas que por deficiencias psíquicas o enfermedad mental no pueden otorgar su consentimiento libre, expreso y consciente. Y existen problemas también por lo que respecta a la recepción de órganos y la obtención de órganos de donantes fallecidos con el valor que se otorga a la voluntad y al consentimiento de las personas incapacitadas judicialmente.</p> <p>Como antes se señaló, las mujeres que no gozan de plena capacidad de obrar no pueden acceder a las técnicas de reproducción humana asistida.</p> <p>La legislación española permite la esterilización de las personas con discapacidad intelectual o mental sin su consentimiento. Una persona incapacitada que adolezca de una “grave deficiencia psíquica” puede ser esterilizada previa autorización judicial. Esta autorización puede tener lugar en el mismo procedimiento de incapacitación o puede tener lugar con posterioridad a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz.</p>
Evaluación de la capacidad ante operadores jurídicos clave	<p>Por lo que respecta a los procedimientos judiciales las personas que no se encuentren en pleno ejercicio de sus derechos civiles, y, por tanto, las personas incapacitadas, tienen que comparecer con la representación o asistencia exigida por la ley. En el caso de que no dispongan de la misma se les nombrará un defensor judicial. En este ámbito no pueden ser testigos las personas que se encuentren permanentemente privadas de razón o del uso de los sentidos respecto de los hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos no pueden ser testigos.</p> <p>Entre los requisitos para ser jurado la legislación española incluye la exigencia de no estar impedido física, psíquica o sensorialmente para el desempeño de dicha función</p>

	<p>El incapacitado judicialmente sólo podrá otorgar capitulaciones matrimoniales con la asistencia de su representante legal y, en su caso, autorizado por el consejo de familia.</p> <p>Los tutores o guardadores de hecho pueden obtener información de organismos públicos relacionada con el desempeño de su función, sin necesidad de su consentimiento.</p> <p>Con carácter general, se reconoce capacidad de obrar ante las Administraciones públicas, a aquellas personas que la poseen de acuerdo con las normas civiles, por lo que las personas incapaces carecen de ella. .</p> <p>Finalmente, conviene destacar que en nuestro sistema los incapacitados y las personas sometidas a internamiento pueden ser privados del derecho de sufragio por la sentencia de incapacitación o resolución judicial que autorice el internamiento. Generalmente las sentencias proceden a la privación casi automática de este derecho, sin tener en cuenta la situación de la persona.</p>
Capacidad jurídica en las relaciones laborales y sindicales	<p>En la legislación española se establece que pueden celebrar contratos de trabajo quienes tengan plena capacidad de obrar en el ámbito civil. En este sentido, las personas con discapacidad mental o intelectual que estén incapacitadas no pueden celebrar por sí mismas contratos de trabajos, sino a través de sus representantes. En nuestra normativa se establece, además, que en el caso de que una persona con capacidad limitada sea autorizada por su representante legal para realizar un trabajo, queda ésta también autorizada para ejercitar los derechos y cumplir los deberes que se derivan de su contrato y para su cesación.</p>

2.2. LA IMPLEMENTACIÓN Y APLICACIÓN DEL ART. 12 DE LA CDPD EN EL CONTEXTO ESPAÑOL

De la exposición de la situación legal existente en España en materia de capacidad se desprende la necesidad de introducir importantes reformas en todos los ámbitos analizados, especialmente desde la interpretación del art. 12 que ha sido expuesta en el primer apartado de este informe.

En el año 2009 el legislador español se comprometió, por primera vez, a emprender la reforma del sistema vigente de incapacitación. En este sentido, la disposición final primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa

tributaria con esta finalidad estableció que “*El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006*”. Este compromiso, incumplido por el Gobierno español, no parecía bastar, en todo caso, para cumplir con las exigencias del art. 12 en tanto, por una parte, la denominación escogida, “*procedimiento de modificación de la capacidad obrar*”, no resulta plenamente coherente con el espíritu de la CDPD, pues significará que determinadas personas (que siguen siendo personas con discapacidad) tendrán no limitada, pero sí modificada su capacidad de obrar y, por otra parte, porque la implementación del art. 12 no puede limitarse a la reforma del sistema de incapacitación, sino que ha incidir en otros muchos ámbitos normativos.

En efecto, aunque la reforma anunciada en 2009 no se llevó a cabo en el plazo establecido, sendos informes aprobados por el Gobierno español durante el año 2010 – que se pronuncian sobre la modificación de la normativa española en materia de capacidad jurídica para su armonización con la Convención – confirman que la reforma que se tenía en mente no consistía en un cambio profundo y sustancial, que implicase la derogación del actual sistema de incapacitación, el desmantelamiento de sus principios e instituciones y su reemplazo total por un auténtico sistema de apoyos en la toma de decisiones, ni por una reforma de gran alcance que se proyectase sobre todos los ámbitos temáticos afectados por las exigencias del art. 12.

Tanto en el “Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la Legislación a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” elaborado por una Comisión Interministerial y aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de marzo de 2010 como en el “Primer Informe sobre medidas adoptadas en cumplimiento de Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” presentado ante el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en cumplimiento de la obligación establecida en el art. 35 de la Convención el 5 de mayo de 2010 se contienen propuestas que se limitan a la realización de ajustes terminológicos, y no tanto de fondo, y a retoques de detalle del sistema vigente para hacerlo más soportable (por ejemplo, estos informes consideran las medidas de *modificación* de la capacidad de obrar como medidas *restrictivas* y no

potenciadoras de la capacidad, y por ello continúan hablando de la posibilidad de limitar o incluso de anular, excepcionalmente, la capacidad jurídica cuando concurren exactamente las mismas causas establecidas en la legislación vigente, esto es, causas centradas en las deficiencias individuales; abogan por el mantenimiento de las figuras tradicionales de la tutela y la curatela, aunque se dice que reguladas “en el marco global del apoyo”; y, eso sí, se incide en la necesidad, teóricamente ya contemplada en la legislación española, pero incumplida en la práctica, de que las sentencias de “modificación de la capacidad de obrar” detallen las áreas en las que la persona “no puede adoptar decisiones” y en la obligación, no recogida expresamente en la actual normativa de respetar los derechos, deseos y de la persona y de introducir vías para el control periódico y de oficio).

Esta es la línea que sigue la Ley 25/2010, de 29 de julio del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia que ha procedido a reformar y mejorar algunos aspectos de la regulación de la tutela y de la curatela, de la autotutela, del patrimonio protegido, de los internamientos forzados y que ha introducido la figura de la asistencia concebida como un instrumento de protección *“dirigido al mayor de edad que lo necesita para cuidar de su persona o de sus bienes debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas”* en cumplimiento, se señala, de las *“exigencias establecidas en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006”*. Estas mejoras resultan, desde la interpretación del art. 12 antes expuesta, claramente insuficientes y deberán revisarse a la luz de las modificaciones propuestas en este informe en relación con la legislación civil general.

La Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha establecido un nuevo plazo para proceder a reformar la normativa española en materia de capacidad jurídica. Su disposición adicional séptima establece que *“El Gobierno, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho proyecto de ley establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las*

personas con discapacidad que los precisen". En todo caso, conviene resaltar que si bien esta Ley difiere esta adaptación sí que procede, y también su Real Decreto de desarrollo, a establecer algunas mejoras no siempre suficientes en la cuestión de la accesibilidad de la información de la accesibilidad y del consentimiento y área sanitaria y en lo que respecta a la capacidad para intervenir como testigos en escrituras públicas.

Aunque es previsible, especialmente en el actual contexto en el que la crisis económica parece centrar la atención del Gobierno, que este plazo también se incumpla interesa señalar que la re-formulación de los términos del compromiso que alude ahora a un proyecto de ley *"de adaptación normativa del ordenamiento jurídico español"* al art. 12, y no sólo de la reforma del sistema de incapacitación y de un *"proceso judicial para la determinación de apoyos"*, y no de modificación de la capacidad de obrar, quizá permite pensar que, posiblemente como producto del diálogo entablado con el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad durante el proceso de revisión del primer informe presentado por España sobre la aplicación de la Convención, se ha comprendido la necesidad de llevar a cabo una reforma de mayor calado y de mayor alcance.

En efecto, en sus Observaciones Finales sobre el informe de España el Comité muestra su preocupación por la falta de adopción de medidas *"para reemplazar la sustitución en la adopción de decisiones por la asistencia para la toma de decisiones en el ejercicio de la capacidad jurídica"* y recomienda que se revisen *"las leyes que regulan la guarda y la tutela"* y que se tomen *"medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona. Se recomienda, además, que se proporcione formación sobre esta cuestión a todos los funcionarios públicos y otros interesados pertinentes"*. Igualmente, el Comité ha hecho referencia a la necesidad de reformar otras cuestiones estrechamente relacionadas con el ejercicio de la capacidad jurídica, como la regulación de la privación del derecho de sufragio, de los internamientos o de las esterilizaciones forzosas y de extender los conceptos de personas con discapacidad y de discriminación por motivos de discapacidad. En estos aspectos el Comité recoge la visión manejada por el CERMI, primer organismo de la sociedad civil nombrado entidad independiente de seguimiento de la Convención en nuestro país, en su Informe alternativo al del Estado español sobre el balance de aplicación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en España en el periodo 2008-2010.

Finalmente interesa señalar que también el poder judicial español ha venido manteniendo una visión “restrictiva” del alcance de las exigencias del art. 12 de la CDPD y una posición “conservadora” en torno al sistema de incapacitación regulado en la legislación civil.

En este punto, conviene tener muy presente la importancia que revisten jueces y tribunales a la hora de potenciar y acelerar la adaptación de nuestro sistema a la CDPD y, por lo que aquí interesa, al art. 12. En efecto, la CDPD es, desde su publicación y entrada en vigor, en virtud de lo establecido en el art. 96 de la Constitución Española, parte del orden jurídico interno⁹ y sus disposiciones deben aplicarse con carácter preferente a las normas nacionales que se enfrenten con su contenido. Pero, además, según lo establecido en el art. 10.2 CE las normas constitucionales sobre derechos fundamentales y el conjunto del Ordenamiento jurídico español, deben ser interpretadas de conformidad con la CDPD¹⁰.

Pues bien, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009 se pronunció acerca de la compatibilidad del sistema de incapacitación con la Constitución española y con la CDPD. La argumentación desarrollada en esta resolución aborda la cuestión desde un enfoque médico y no desde el modelo social que inspira la Convención.

En esta sentencia, y en aplicación, se señala, del art. 10.2 se establecen “las reglas interpretativas que permitirán compaginar el *sistema constitucional de protección de las personas con falta de capacidad con la Convención de Nueva York, de 2006* y lo establecido en el *Código civil, a partir de la reforma de 1983*”. La primera de ellas exige considerar “que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos y que la incapacitación es sólo una forma de protección”. En esta línea, insiste el Tribunal en que la incapacitación no afecta a la capacidad jurídica y en que “no cambia nada la titularidad de los derechos”. No obstante, admite de forma no problemática que dicha institución permite “privar a una persona de capacidad de obrar en la medida en que sea necesario para su protección”, determinando “la forma de ejercicio de los derechos”. La segunda de dichas reglas implica entender que “la incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características

⁹ “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional”.

¹⁰ Establece el art. 10.2 que “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse”. En este sentido, el Tribunal considera que la incapacitación no implica una discriminación prohibida por el art. 14 de la Constitución Española y por la Convención, en tanto al “enfermo psíquico” al que se refiere el caso se le proporciona un “sistema de protección y no de exclusión”, justificado en “su falta de entendimiento y voluntad”. Ahora bien, tal sistema de protección, además de basarse exclusivamente en las “características personales” de los individuos, puede suponer, como de nuevo se asume en la sentencia, una exclusión del ámbito de ejercicio de los derechos Y ello, otra vez, porque se trata de un sistema que, como se pone de relieve en la sentencia, pretende proteger restringiendo o limitando y no promoviendo y apoyando. Pues bien, según el Tribunal Supremo, su interpretación de conformidad con las reglas expuestas “hace adecuada la regulación actual con la Convención”, por lo que el sistema de incapacitación “establecido en el Código civil” sigue vigente.

La interpretación de la legislación española relativa a la capacidad jurídica de conformidad con la CDPD tiene consecuencias muy distintas de las que se extraen en la sentencia analizada. Esta sentencia debería haber considerado contrario a la CDPD el procedimiento de incapacitación, al menos la incapacitación total, por aplicación directa del art. 12.2 que establece la obligación de reconocer a las personas con discapacidad capacidad jurídica en igualdad de condiciones y del art. 5.2 que prohíbe la discriminación por motivo de discapacidad en tanto se trata de disposiciones *self executing*, esto es, que pueden ser directamente aplicadas sin necesidad de la intermediación del legislador nacional. Por el contrario, podría entenderse que la obligación de establecer un sistema de apoyo en la toma de decisiones, recogida en el art. 12.3, no es, en términos generales, directamente ejecutiva, al requerir una actuación normativa de los poderes públicos estatales orientada a ponerlo en marcha. En este punto, el TS podría haber tomado dos caminos en cumplimiento del deber constitucional, impuesto por el art. 10.2 CE, de interpretación conforme con la CDPD que otorga también trascendencia interna a las disposiciones de los tratados de derechos humanos que no pueden entenderse autoejecutivas.

El primero – en la línea de lo señalado por el Fiscal en los informes que realizó con ocasión de esta sentencia y de lo apuntado en el Informe realizado por el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” sobre el impacto de la Convención en

el Ordenamiento jurídico español¹¹ – consistiría en configurar provisionalmente la curatela, que supone teóricamente la asistencia y no la sustitución en la toma de decisiones, entendida a la luz de los principios del modelo de apoyo, como el mecanismo al que el juez debe acudir a la hora de articular medidas para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad de obrar. Por esta solución parece haberse decantado la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de las Palmas de Gran Canaria de 27 de abril de 2010 que alude a la necesidad de interpretar la regulación sustantiva y procesal española relativa a la incapacitación a la luz de la Convención y en relación con el caso objeto de enjuiciamiento determina el establecimiento de un régimen de curatela entendido como una prestación de apoyo que *“no suple la voluntad de la afectada, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino de asistencia y protección en cuanto presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar la persona cuya capacidad queda modificada y estén especificados en la sentencia, los que no tienen que ser precisamente de naturaleza exclusivamente patrimonial”*.

La segunda respuesta consistiría en que los jueces, al margen de las figuras tradicionales de sustitución – esto es, de la tutela y de la curatela - procediesen directamente a establecer para el caso concreto los mecanismos y la figura de apoyo requeridos por la persona afectada.

Una interpretación que trata de “conformar” a la Convención el sistema español vigente de “incapacidad” puede encontrarse en el *Manual de buenas prácticas de los servicios especializados del Ministerio Fiscal en la protección las personas con discapacidad y apoyos en la aplicación de la Convención de Nueva York sobre las personas con discapacidad*,¹² y en la Instrucción 3/2010 “Sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas”¹³.

Como se ha venido anunciado y como se comprobará en el siguiente apartado, la adaptación de la legislación española al art. 12 de la Convención exige un cambio radical en la regulación civil de la capacidad jurídica y, en gran medida como

¹¹<http://www.cermi.es/CERMI/ESP/Biblioteca/Publicaciones/Páginas/Inicio.aspx?TSMEIdPub=55>.

¹²http://www.fiscal.es/cs/Satellite?cid=1240559967837&language=es&pagename=PFiscal%2FPage%2FFGE_buscadorDocEspecialista.

¹³Disponible en http://www.fiscal.es/cs/Satellite?cid=1242052091131&language=es&pagename=PFiscal%2FPage%2FFGE_buscadorArchivoDocument.

consecuencia de lo anterior, una modificación sustancial de gran cantidad de normas de ámbitos diversos. Hasta que no se produzcan las reformas oportunas todos los operadores jurídicos, y en especial los jueces y tribunales, deben mantener una actitud activa y comprometida con el cambio de enfoque que supone la Convención posibilitando en la práctica en la mayor medida posible la operatividad de sus exigencias. Ello supondría, en relación con el objeto de estudio de este informe, la inaplicación de las previsiones que de manera directa o indirecta privan o restringen la capacidad de ejercer derechos y realizar actos jurídicos por motivos de discapacidad; poner en marcha medidas de accesibilidad, de ajustes razonables, de apoyo y activar salvaguardas que si bien algunas de ellas no están – todavía – expresa y totalmente contempladas en la legislación nacional vigente, vienen impuestas por la comprensión de dicha normativa a la luz de los mandatos del art. 12 de la CDPD, tal y como exige el art. 10.2 de la CE.

3. PROPUESTAS DE REFORMA DE LA NORMATIVA

ESPAÑOLA EN MATERIA DE CAPACIDAD

JURÍDICA

En este apartado se trata de exponer las propuestas concretas de reforma de la legislación española en materia de capacidad jurídica para su adaptación a las exigencias del art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Estas propuestas se ordenan en torno a una serie de áreas especializadas relevantes en las que, como se apuntó, incide sustancialmente el mandato de igualdad en la capacidad jurídica impuesto por la CDPD y en torno a las cuales se ordenó con anterioridad la exposición de la situación legal existente.

En primer lugar, se realiza un breve resumen del sentido de estas propuestas a través de un cuadro explicativo que trata de mostrar los ejes en torno a los que gira la reforma planteada y la coherencia interna de las modificaciones sugeridas en los diferentes ámbitos.

En segundo lugar, se presentan ya de manera detallada las propuestas de reforma. Como se avanzó, en relación con cada uno de los preceptos que se considera necesario modificar se incluye la redacción original, la propuesta de modificación, y, en su caso, la redacción alternativa del artículo en cuestión, y, además, un comentario que trata de justificar de la posición adoptada. Como Anexo a este informe se incluye, además, una lista completa de estas propuestas de reforma.

Conviene resaltar que las modificaciones propuestas en el ámbito del régimen general de capacidad y del procedimiento de incapacitación se proyectan y afectan a la práctica totalidad de las modificaciones planteadas en el resto de los ámbitos. Y que determinadas materias y preceptos aunque afectan de manera más central a alguna de las áreas consideradas relevantes adquieren también importancia en otras. En estos supuestos, y para evitar reiteraciones excesivas, no se repetirán las propuestas pero sí se realizarán remisiones que podrán relieves estas conexiones. En todo caso, en algunas ocasiones, un mismo precepto aparecerá en varios ámbitos.

Finalmente, resulta también esencial tener presente que el cambio de paradigma que supone el art. 12 de la Convención afecta a la regulación de materias de

gran tradición jurídica y ciertamente consolidadas en algunos sectores del Ordenamiento jurídico – como sucede paradigmáticamente con la cuestión de la incapacitación – que se muestran resistentes a los cambios. Y se proyecta en normas que se presentan y contemplan como orientadas a la “protección” de las personas con discapacidad por lo que su reforma es vista con desconfianza desde algunos sectores del movimiento de personas con discapacidad y por algunos actores relevantes en el funcionamiento del actual sistema de incapacitación que, si bien se muestran críticos con el sistema actual al menos con algunos aspectos de su funcionamiento en la práctica, temen que un nuevo modelo que reemplace completamente al anterior pueda conllevar el desamparo de las personas con discapacidad. Además, la puesta en marcha del nuevo sistema exige, como se señaló, dotar de medios materiales y humanos. Quizá por estas razones la adaptación normativa del Ordenamiento jurídico español al art. 12 de la CDPD se ha venido retrasando. En este sentido, es importante vencer estas resistencias concienciando de la necesidad del cambio e intentado plantear una reforma equilibrada que tenga como principio central la promoción de la autonomía de las personas con discapacidad, pero sin olvidar el principio de protección, eso sí, teniendo presente que la protección debe ser la estrictamente necesaria, que ha de respetar el derecho de las personas con discapacidad de cometer sus propios errores y que tiene que entrar en juego en función de la concurrencia de determinadas situaciones, en las que se pueden encontrar todas las personas, y no por razón de discapacidad.

Según antes se apuntó, el nuevo enfoque en el tratamiento de la capacidad jurídica puede y debe adelantarse en sede de aplicación judicial en cumplimiento de los arts. 96 y 10.2 de la Constitución española. Pero, en todo caso, el éxito del cambio de paradigma depende no sólo de su implantación a través de una reforma legal, sino que también, y de modo posiblemente aún más relevante, de su proyección social. Por esta razón, es imprescindible la formación de los operadores jurídicos y de los profesionales de diferentes ámbitos y la educación de la sociedad en general en el modelo social y, por ende, en la contemplación de las personas con discapacidad, por la que aboga el art. 12, como sujetos *capaces*, en determinadas situaciones con ciertas adaptaciones (apoyos), de tomar sus propias decisiones y ejercer sus derechos en igualdad de condiciones con los demás. Pero también para el funcionamiento del sistema de apoyo es crucial la formación y la capacitación de las personas con discapacidad, que deben tener un papel central en el diseño e implementación del sistema, de sus familias y de las propias personas de apoyo.

3.1. RESUMEN EJECUTIVO DE LAS PRINCIPALES PROPUESTAS DE REFORMA.

AMBITOS	PRINCIPALES PROPUESTAS DE REFORMA
Concepto de Discapacidad o de Persona con Discapacidad	<p>La adaptación de la normativa española a las exigencias recogidas en el art. 12 de la CDPD parte de la necesidad de reformular las políticas públicas haciéndolas partícipes del modelo social de tratamiento de la discapacidad e introduciendo el eje accesibilidad-ajustes razonables y apoyos, de prohibir de manera expresa de discriminación por motivo de discapacidad, y de asumir de manera completa y decidida la definición de persona con discapacidad que maneja la Convención.</p> <p>Las dos primeras consideraciones implican la reforma de dos normas constitucionales, la relativa al principio de igualdad (art. 14 CE), introduciendo la no discriminación por motivo de discapacidad y la relativa a las políticas en materia de discapacidad (art. 49 CE) introduciendo términos como autonomía personal, accesibilidad, ajustes razonables y medidas de apoyo, y se proyectan en normas de diferentes ámbitos temáticos.</p> <p>La tercera implica, además, la necesidad de reformar la definición de personas con discapacidad que se recoge en la Ley 13/82 y en la Ley 51/2003. En su caso, cuando el grado de discapacidad pueda ser relevante en relación con algunas cuestiones, se deberá dar más peso a los factores sociales en su baremación.</p> <p>Finalmente es necesario modificar la concepción de las situaciones de dependencia que maneja la Ley 39/2006 e introducir la exigencia de igualdad en la capacidad jurídica y la referencia a los apoyos en el ejercicio de los derechos que contempla. Esta última apreciación debe hacerse extensiva a la Ley 27/2007 en relación con las personas sordas.</p>
Régimen general de personalidad y capacidad jurídica	<p>Se propone la derogación de la institución de la incapacitación (arts. 199 y 200 del Código civil), y, consecuentemente, la reforma del art. 322 del Código civil que establece quiénes están en plenitud de ejercicio en los derechos civiles y del art. 1263 que se refiere a quiénes no pueden prestar su consentimiento para realizar actos civiles, ambos excluyentes para las personas “incapaces”. Estas reformas adquieren una importancia central en tanto se proyectan en el resto de los ámbitos analizados en este informe.</p> <p>La nueva regulación debe partir de un reconocimiento general de la igual capacidad jurídica (que englobaría la capacidad jurídica y la capacidad de obrar) de todas las personas mayores de edad, incluidas las personas con discapacidad, y de la exigencia de cumplir las obligaciones de accesibilidad y de realización de ajustes razonables en todos los ámbitos en los que deba ejercerse la capacidad jurídica (obligación que, con carácter específico, se repite</p>

en las propuestas de reforma de diferentes ámbitos). Igualmente, debe establecerse de manera expresa que la necesidad de contar con medidas de apoyo no supone una limitación de la capacidad jurídica.

El reconocimiento de la igualdad en el ámbito de la capacidad jurídica debe complementarse con un modelo de apoyo en la toma de decisiones, que reemplace al modelo de sustitución. Ello supone, desde la visión manejada en este informe, que todas las personas, y no sólo las personas con discapacidad, cuya situación les dificulta la toma de sus propias decisiones y el ejercicio de la capacidad jurídica 1) tienen un derecho general al uso y reconocimiento de los apoyos informales con los que cuentan y a la prestación de los apoyos necesarios 2) tienen la posibilidad de solicitar la formalización de estos apoyos a través del establecimiento en sede judicial de un plan personalizado de medidas de apoyo. Esta posibilidad puede convertirse en una obligación, que recae sobre determinadas sujetos cercanos a la persona beneficiaria del plan y sobre determinadas autoridades, cuando la inexistencia del plan pueda impedir el ejercicio de la capacidad u ocasionar un perjuicio grave a las personas que lo precisen.

La función de apoyo, que puede ser desempeñada por una o varias personas físicas o instituciones para cuya designación se estará a la opinión de la persona beneficiaria, consiste en asistir a la persona en la toma de sus decisiones respetando su voluntad y preferencias. En circunstancias excepcionales, cuando las personas por cualquier motivo se encuentren en una situación que les impide conformar o expresar por ningún medio su voluntad, se establecerán apoyos obligatorios que pueden dar entrada a acciones puntuales de sustitución para evitar daños irreparables a las personas pero, que, en todo caso, deben realizarse desde el modelo de apoyo respetando, por tanto, la identidad de la persona y decidiendo, en consecuencia, teniendo en cuenta su historia de vida y sus circunstancias personales y sociales. Por ello en este caso, deberá elegirse para desempeñar la función de apoyo a quienes tengan una relación de confianza con la persona que les permita atribuirle voluntad y preferencias.

Las salvaguardas en el buen funcionamiento de las medidas de apoyo, y en especial, la función de garantes que siempre desempeñan la autoridad judicial y el Ministerio Fiscal, que se plasma también en todos los ámbitos temáticos incluidos en el informe, es en estas situaciones especialmente intensa. En todo caso, la obligación de salvaguardar el buen funcionamiento del sistema de apoyos no sólo recae en el juez y en el Ministerio Fiscal, sino también en diferentes autoridades o funcionarios – Notarios, Registradores - facultativos, representantes sindicales, etc.

Estas previsiones “irradian” en el ejercicio de derechos y en la realización de actos con trascendencia jurídica en todos los ámbitos temáticos contemplados en el informe en los que se reconoce el derecho general a los apoyos (por ejemplo, para contratar y prestar el consentimiento en general (Art. 1263 Cc), Para administrar bienes en general (Art. 223), Para realizar un contrato de trabajo (Art. 7 ET), Al ser parte en

	<p>un proceso judicial (Art. 6 Ley 1/2000), comparecer (Art. 7 Ley 1/2000), ser testigo (Art. 361 Ley 1/2000), ser jurado (Art. 8 Ley 5/1995), Para otorgar escrituras (Art. 156 RD 45/2007), hacer testamento (Art. 665 Cc. Art. 607 Cc), establecer un régimen de autoprotección (Art. 223 Cc); establecer un documento de instrucciones previas (Art. 11 Ley 41/2002)., Al ejercer el derecho al sufragio (Art. 3 LO 5/1985), el derecho a la libertad sindical (art. 1 LO 11/1985); el derecho de asociación (art. 3,a LO 1/2002); la opción a la nacionalidad (art. 20 Cc); el derecho al matrimonio (art. 56 Cc); el derecho a la filiación no matrimonial (Art. 124 Cc); el derecho a la adopción (Art. 176 Cc); el derecho a capitulaciones matrimoniales -régimen económico del matrimonio- (Art. 1330 Cc); los derechos que de la posesión nacen (Art. 443 Cc), Al constituir el patrimonio protegido y al administrarlo (Art. 3 Ley 41/2003), Al consentir el trasplante de órganos -directamente o a través de algún medio de apoyo- (Art. 6 Ley 30/1979); la donación de órganos (Art. 9 RD 2070/1999), de gametos y preembriones (Art. 5 Ley 14/2006); las técnicas de reproducción asistida (Art. 3 Ley 14/2006); la interrupción voluntaria del embarazo (art. 13 LO 2/2010), Al recibir frutos de técnicas de reproducción asistida (Art. 6 Ley 14/2006), Al consentir intromisiones en el honor, intimidad e imagen (Art. 3 LO 1/1982), En los ingresos no voluntarios (Art. 763 LEC), Al ejercer los derechos contemplados en la Ley de dependencia, Al elegir entre lengua de signos o medios de apoyo a la comunicación oral (Art. 16 Ley 27/20007)<u>y se establece la validez de las actuaciones realizadas de conformidad con el plan personalizado de apoyo</u> (por ejemplo, Opción a la nacionalidad. (Art. 20 Cc), Solicitud de nacionalidad. (Art. 21 Cc), Derecho al matrimonio. (art. 56 Cc), Derecho al reconocimiento de la filiación no matrimonial (Art. 124 Cc), Derecho a la adopción. (Art. 176 Cc) , Derecho a testar (Art. 663, 663 bis; 665 Cc y 696 Cc), Derecho a contratar y prestar el consentimiento (Art. 1263 Cc), Derecho a otorgar escrituras (Art. 156 RD 45/2007), Derecho a las capitulaciones matrimoniales (Art. 1330 Cc), Consentimiento a trasplante de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual (Art. 156,1 CP), Derecho a actuar en el orden contencioso administrativo (Art. 69 LJCA), Derecho a la donación de órganos.(Ley 30/1979, art. 4,b), Derecho a consentir el trasplante de órganos. (Art. 6 Ley 30/1979), Derecho a consentir intromisiones en el honor, intimidad e imagen. (Art. 3 LO 1/1982), Derecho al sufragio (Art. 3 LO 5/1985), Capacidad procesal laboral (Art. 16 LPL), Realizar un contrato de trabajo. (Art. 7 ET), A formar parte del jurado. (Art. 8 Ley 5/1995), Ser parte en un proceso judicial. (Art. 6 Ley 1/2000), Comparecer. (Art. 7 Ley 1/2000), Ser testigos. (Art. 361 Ley 1/2000), Derecho de asociación. (art. 3 a LO 1/2002), Derecho al consentimiento en el ámbito sanitario. (Art. 8 Ley 41/2002), Derecho a la información sanitaria (Art. 5 Ley 41/2002), Derecho a elaborar documento de instrucciones previas (cuidados, tratamiento que hacer en caso de muerte, órganos, etc...). (Art. 11 Ley 41/2002), Para constitución del patrimonio protegido. (Art. 3 Ley 41/2003), Para administrar el patrimonio protegido. (Art. 3 Ley 41/2003).</p> <p>En este ámbito se propone, además, la reforma de la actual regulación de la interrupción voluntaria del embarazo, para eliminar los supuestos que se consideran discriminatorios (no exactamente de la persona, pero si del bien jurídico protegido) por motivos de discapacidad.</p>
Procedimiento de incapacidad	<p>El actual procedimiento de incapacitación regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil debe ser sustituido por un procedimiento para el establecimiento de planes personalizados de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad.</p> <p>Este proceso judicial podrá iniciarse a instancia de la persona afectada, de los parientes más próximos o personas de su entorno más cercano, o de las entidades sin ánimo de lucro que representan a las personas con discapacidad que serán siempre parte cuando la persona beneficiaria sea una persona con discapacidad; de un juez</p>

	<p>de lo penal por la comisión de un delito; de un juez en general; del Ministerio Fiscal.</p> <p>En el informe se propone la creación de juzgados especializados para decidir sobre el establecimiento de estos planes decisión que, salvo cuando exista oposición por parte de la persona beneficiaria o por cualquiera otra entre las legitimadas para instar las medidas de apoyo, se sustanciará de acuerdo con el procedimiento de jurisdicción voluntaria. La persona beneficiaria del plan debe ser la protagonista en el proceso respetándose siempre su voluntad y preferencias y la evaluación de la necesidad de asistencia y de la adecuación de las medidas de apoyo deberá tener en cuenta las circunstancias individuales y sociales. Los planes deberán detallar de manera pormenorizada y ajustada a la situación y necesidades de la persona las áreas en las que las personas precisan asistencia y la figura o figuras de apoyo. Cuando se trate de una persona que no puede conformar o expresar por ningún medio su voluntad el plan podrá contemplar apoyos obligatorios que sustituyan a la persona en la toma de determinadas decisiones establecidas individualizadamente en la resolución y que deberán limitarse a aquellas cuya no adopción suponga un daño irreparable para la persona y deberán respetar siempre su identidad en el sentido antes indicado.</p> <p>En la resolución por la que se establezca un plan personalizado de apoyo deben establecerse controles específicos para garantizar su buen funcionamiento, evitar los abusos e influencia indebida y mecanismos para la revisión periódica de las medidas.</p>
Instituciones de Protección y Representación	<p>Las figuras de de apoyo reemplazan, en relación con las personas mayores de edad, a las tradicionales instituciones de protección y representación vinculadas a la incapacitación, el tutor y el curador. Por tanto en la regulación de estas dos figuras debe eliminarse cualquier referencia al “incapaz”.</p> <p>La función de apoyo puede ser desempeñada por personas físicas o por instituciones creadas para este fin, y una misma persona pueda contar con una o varias figuras de apoyo. La persona o institución de apoyo asiste a la persona en la toma de sus decisiones.</p> <p>En relación con la institución del patrimonio protegido se considera necesario que en la determinación de las personas que pueden ser beneficiarias se atienda no sólo al grado de discapacidad, sino también a la situación social en la que se encuentra la persona, eliminar en su regulación la referencia al incapaz y la exigencia de tener capacidad de obrar para el establecimiento de un patrimonio protegido, y proyectar en este ámbito el derecho general a los apoyos, los planes personalizados y los apoyos obligatorios.</p>
La voluntad anticipada	<p>Tanto en el establecimiento de un régimen de “autoprotección”, término que deberá sustituir a la denominación “autotutela”, como</p>

	<p>en la expresión en el ámbito sanitario de “instrucciones previas” se debe eliminar la exigencia que las personas cuenten con plena capacidad de obrar. Las personas que lo precisen deben contar con los apoyos necesarios para la expresión de su voluntad anticipada a través de estos instrumentos y tal expresión ha de adecuarse, en su caso, al plan personalizado de medidas de apoyo.</p> <p>Dada la importancia de este tipo de instrumentos para el buen funcionamiento del sistema de apoyos, especialmente en relación con personas que pueden llegar a necesitar apoyos obligatorios, parece conveniente promover su establecimiento y regular nuevas figuras.</p>
Capacidad para realizar actos jurídicos patrimoniales	<p>De nuevo en la realización de estos actos y vinculado con la reforma del art. 1263 se exige que las personas cuenten con los apoyos precisos para su realización y que la misma se adecúe, en su caso, al plan personalizado de medidas de apoyo. Estos actos realizados con los apoyos precisos deberán considerarse válidos. El plan personalizado de medidas de apoyo podrá establecer precauciones, comunicación al Ministerio Fiscal o al propio juez, en relación con actos patrimoniales de especial trascendencia en función de la situación de la persona</p>
Capacidad para ejercer actos jurídicos personalísimos	<p>La definición de la llamada “capacidad natural” que suele exigirse para la realización de este tipo de actos debe desvincularse de referencias a la “competencia mental” y debe definirse en términos neutrales en relación con la discapacidad y las deficiencias. La regulación del ejercicio de estos actos debe centrarse en “situaciones” y no en “rasgos” de la persona.</p> <p>En este sentido, se propone establecer que no podrán realizar estos actos quienes se encuentren en una situación que les impida, por cualquier motivo, conformar o expresar su voluntad por cualquier medio. En este ámbito se proyecta también el derecho general a los apoyos y el plan personalizado de medidas de apoyo que tratan de facilitar la conformación, expresión y comunicación de esa voluntad.</p>
Régimen de responsabilidad civil	<p>Las personas con discapacidad o deficiencias son responsables civiles en las mismas condiciones que los demás, esto es, cuando concurra culpa subjetiva, y, por tanto, se comprenda la ilicitud del acto. Por otro lado, la responsabilidad objetiva por actos de terceros debe limitarse a las personas que desempeñan apoyos obligatorios.</p> <p>Los contratos en los que intervienen personas con apoyos son válidos si éstos han funcionado correctamente o se han realizado de conformidad con el plan personalizado y las personas que precisan apoyos son responsables en este ámbito. En otro caso, estos contratos deben ser considerados anulables e incluso nulos.</p>
Régimen de	<p>Las eximentes y atenuantes no deben estar basadas directa o indirectamente en la discapacidad o las deficiencias y han de</p>

responsabilidad penal	<p>redefinirse en términos neutrales relativos a las situaciones que impiden comprender la ilicitud de los actos.</p> <p>Igualmente, hay que eliminar la relación que se establece, en ocasiones de manera directa, entre la peligrosidad y el trastorno mental en la regulación de la imposición de medidas de seguridad.</p> <p>Deben sustituirse términos peyorativos o estigmatizantes, como “enajenación”, Centros o Unidades psiquiátricos por términos más neutros.</p> <p>En relación con las personas internadas en Centros o Unidades de Salud mental es preciso establecer medidas encaminadas a favorecer el ejercicio de sus derechos, entre ellas medidas de apoyo. El consentimiento a tratamientos médicos deberá regirse, en todo caso, por la legislación sanitaria, que incluye en la propuesta aquí realizada el papel de los apoyos, y por la regulación general del Reglamento Penitenciario limita y establece garantías en relación con las situaciones en las que pueden imponerse de tratamientos en contra de la voluntad de los internos. En todo caso, la política de estos centros debe orientarse no sólo a la rehabilitación sino también a la inclusión social de las personas internadas.</p> <p>Debe incluirse la discapacidad dentro del delito por discriminación y dentro de los delitos de lesa humanidad.</p> <p>Es necesario eliminar la referencia a la incapacidad de la víctima en la agravación de ciertos delitos y sustituir esta previsión por la necesidad de apoyos de la víctima.</p> <p>Se propone, además, la derogación de la despenalización de la esterilización forzosa.</p>
Régimen de internamiento	<p>Se propone preferentemente la derogación del art. 763 regulándose en la normativa pertinente al efecto las situaciones en las que cualquier persona puede ser ingresada sin su consentimiento.</p> <p>En caso de que se opte por la reforma de este artículo se sugieren, entre otras modificaciones, sustituir el término internamiento por el término ingreso, eliminar la referencia al trastorno psíquico y definir en términos neutrales las circunstancias que permiten el ingreso involuntario, reducir los plazos para autorizar el ingreso en los casos de urgencia, aumentar los controles, exigir informes de facultativos independientes, reducir los plazos de revisión judicial, y establecer en la resolución de ingreso la medidas terapéuticas aplicables. También se incluyen mejoras en las leyes sanitarias que permiten tratamientos sin contar con el consentimiento del paciente.</p>
Derechos del Paciente	<p>El cambio principal por el que se aboga en este ámbito consiste en exigir la accesibilidad de la información en el ámbito clínico y de la prestación del consentimiento que podrá otorgarse en los diferentes campos por cualquier medio admitido comprensible, archivable y documentable que permita conocer la voluntad inequívoca de la persona. Estas exigencias no deben proyectarse</p>

	<p>únicamente sobre las personas con discapacidad, ni sobre los pacientes.</p> <p>Se propone la eliminación de las referencias al consentimiento por representación en relación con las personas incapaces y su sustitución por el consentimiento con apoyos (que supone el derecho general al uso, reconocimiento y prestación de apoyos y la exigencia de conformidad, en su caso, con el plan personalizado).</p> <p>Los facultativos que intervienen en las diferentes situaciones son responsables del buen funcionamiento de las medidas de apoyo, y, en ocasiones se establece la necesidad de comunicación o de autorización del Ministerio Fiscal.</p> <p>Cuando concurren ciertas circunstancias y con especiales garantías, que dan más protagonismo al Ministerio Fiscal, las personas que desempeñan apoyos obligatorios pueden prestar su consentimiento en relación con tratamientos e intervenciones que afectan a las personas que no pueden conformar o expresar su voluntad por cualquier medio, respetando siempre su identidad, y, por tanto, su historia de vida y sus circunstancias personales y sociales</p> <p>También en este ámbito adquiere relevancia la derogación de la esterilización forzosa.</p>
<p>Evaluación de la capacidad ante operadores jurídicos clave</p>	<p>En este ámbito se incluye, en primer lugar, la propuesta de reforma de la regulación de la capacidad procesal en el orden civil, administrativo, laboral etc. que en el sistema vigente niega a las personas incapaces capacidad procesal ante los Tribunales. Debe incorporarse a la regulación procesal la referencia expresa al cumplimiento de las exigencias de accesibilidad y de realización de ajustes razonables y, de nuevo, debe proyectarse en este ámbito el derecho general a los apoyos y el plan personalizado para permitir a las personas actuar por sí mismas ante los tribunales. En este punto los jueces deben garantizar la prestación del apoyo, en su caso, y el buen funcionamiento de las medidas de apoyo. También la regulación de la capacidad general de actuar ante las Administraciones públicas debe modificarse en el mismo sentido.</p> <p>En este ámbito adquieren también relevancia las actuaciones ante otras autoridades públicas, Notarios, Registradores, y funcionarios en general – para realizar actos patrimoniales, personalísimos o ejercer derechos - sobre las que, al igual que sucede con los jueces, recae la obligación de reconocer y garantizar la prestación de los apoyos, la vigilancia de la actuación conforme con el plan personalizado y del buen funcionamiento general de estas medidas.</p> <p>Se propone también la reforma de la actual regulación de las condiciones exigidas para poder ser jurado o testigo basadas en las deficiencias y la contemplación también en esta materia de medidas de apoyo.</p>

Capacidad jurídica en las relaciones laborales y sindicales	<p>También en el ámbito laboral se propone el reconocimiento expreso de la prohibición de discriminación por motivo de discapacidad y la obligación de cumplir con las exigencias de accesibilidad y de realización de ajustes razonables. La regulación de la capacidad para celebrar contratos de trabajo y el ejercicio de la libertad sindical, de nuevo, tiene que contemplar el derecho general a los apoyos y los planes personalizados.</p>
--------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

3.2. PROPUESTAS DE REFORMA POR ÁMBITOS

3.2.1. Conceptos básicos. Discapacidad y Persona con Discapacidad.

.- NORMA. Constitución española. Art. 49

Contenido

“Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.”

Comentario

Pese a que la norma constitucional está redactada en términos del modelo médico-rehabilitador (lo que obedece muy seguramente a la visión que se tenía sobre la discapacidad en la época en que se promulgó la Constitución), la misma impone un mandato específico a los poderes públicos para que se tomen las medidas que resulten pertinentes a efectos de brindar protección a este grupo de personas, creando condiciones de igualdad respecto al reconocimiento de los derechos que la Constitución otorga a todos los ciudadanos, todo en el marco de la dignidad humana.

De ese modo, podría sugerirse efectuar algunas modificaciones al precepto constitucional no sólo en cuanto al lenguaje (“disminuidos” por “personas con discapacidad”), sino también en cuanto al enfoque que deben tener las medidas de apoyo para el disfrute de los derechos (“tratamiento”, “rehabilitación”, “atención”, etc., por “políticas de inclusión”, “autonomía”, “establecimiento de condiciones materiales necesarias”, etc.), en los términos de la Convención. Se considera, igualmente, conveniente, introducir en este precepto la referencia expresa a la accesibilidad, los ajustes razonables y los apoyos.

En todo caso, de no llevar a cabo la recomendada reforma constitucional, es necesario anotar que incluso la redacción actual de la norma permite una interpretación que dé cabida a lo que se propugna desde el modelo “social”. Esta interpretación sería obligada en virtud de lo que dispone nuestro art. 10.2 de la Constitución, que obliga a interpretar las disposiciones de derechos fundamentales de conformidad con los Tratados Internacionales ratificados sobre dichas materias y, por tanto, en el caso que nos ocupa tomando como referencia la Convención. Pero, además, a través de la interpretación extensiva de los valores superiores del ordenamiento jurídico (libertad, igualdad, justicia y pluralismo), podría establecerse un marco normativo de protección

que permita el adecuado reconocimiento de los derechos de las personas en situación de discapacidad, conforme con lo dispuesto en los artículos 1.1, 10,1, 14 y 9.2 de la Constitución.

Propuesta

La redacción actual de la norma permite una interpretación que resulte acorde con los postulados convencionales.

En todo caso, una futura reforma constitucional debería reformar este precepto y adecuarlo al modelo social.

Texto de la norma

“Los poderes públicos realizarán una política de integración de las personas con discapacidad, promoviendo la autonomía personal y procurando atención a aquéllas que se encuentren en situación de dependencia. Las políticas públicas de discapacidad deben orientarse al disfrute real y efectivo por parte de las personas con discapacidad de los derechos reconocidos en el presente título, asegurando las exigencias de accesibilidad universal, la realización de ajustes razonables y el uso, reconocimiento y prestación de medidas de apoyo con el objetivo de lograr su inclusión plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás”.

.- NORMA. Constitución española. Art. 14

Contenido

“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”

Comentario

La Convención lucha contra la discriminación de las personas con discapacidad desde un enfoque de derechos humanos y adoptando el modelo social. Aunque el Tribunal Constitucional ha señalado que la discapacidad se encuadra dentro de la cláusula abierta “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, sería conveniente introducir en este artículo la referencia explícita a la discapacidad (no sólo la discriminación a la persona con discapacidad, sino por motivo de discapacidad que incluiría también, en la línea de la Convención, la discriminación a personas que no son ellas mismas personas con discapacidad, pero que pueden ser discriminadas “por motivos de discapacidad”, por haber tenido una discapacidad en el pasado, por ser percibidas como personas con discapacidad, por ser susceptibles de tener una discapacidad en el futuro, o por estar asociadas con personas con discapacidad). En este punto ha incidido en Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en sus Observaciones finales al informe presentado por España en cumplimiento del art. 35 de la Convención. En efecto, el Comité “insta al Estado parte a que amplíe la protección de la discriminación por motivos de discapacidad para que abarque expresamente la discapacidad múltiple, la discapacidad percibida y la asociación con una persona con una discapacidad”.

Propuesta

Una futura reforma constitucional debería reformar este precepto añadiendo la prohibición de discriminación por motivo de discapacidad.

Texto de la norma

“Las personas son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón ideología, religión o creencias; su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad, por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”

.- NORMA. *Ley 13/1982 de 7 de abril de Integración Social de los Minusválidos. Art. 7.1.*

Contenido

Se considera minusválido

“toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidos como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales”

Comentario

Este artículo define la minusvalía como un problema de la persona para integrarse en la sociedad. La Convención, en su artículo 3 -en concordancia con el artículo 12 que versa sobre la capacidad jurídica- aboga por el reconocimiento de la autonomía individual y la dignidad inherente, al tiempo que concibe a la discapacidad como un fenómeno complejo en el que interactúan diversos factores. En ese sentido, dicho enunciado resulta totalmente contrario a la Convención, no sólo por una cuestión terminológica, sino porque presupone que una persona con discapacidad es una persona con capacidades deficientes.

Es de anotar, que mediante la Disposición Adicional Octava de la Ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, se dispuso que “Las referencias que en los textos normativos se efectúan a «minusválidos» y a «personas con minusvalía», se entenderán realizadas a «personas con discapacidad»”, en atención a las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud (O.M.S), que en su revisión de la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CIF-2001) optó por acoger este último, como expresión genérica que circunscribe no solamente un déficit, sino también limitaciones en la actividad y restricciones en la participación. En virtud de lo anterior, la decisión de efectuar una adecuación terminológica y conceptual quedó plasmada, p ej. en el Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre, que trata sobre el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad -que a su vez modificó el Real Decreto 1971/1999-, mediante el cual se efectúa la conversión del término «minusvalía» al término «discapacidad».

Propuesta

Adequar la norma a la concepción que sobre la discapacidad maneja la Convención. La utilización de grados sólo tendrá sentido en aquellas normas que hacen referencia concreta a prestaciones y deberá hacerse según el sentido de éstas.

Texto de la norma

“Son personas con discapacidad aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su

participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”

.- NORMA. *Ley 51/2003 de 2 de diciembre de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad. Art. 1. (modificado por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad)*

Contenido

«2. Son personas con discapacidad aquellas que presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

Las medidas de defensa, de arbitraje y de carácter judicial, contempladas en esta Ley serán de aplicación a las personas con discapacidad, con independencia de la existencia de reconocimiento oficial de la situación de discapacidad o de su transitoriedad. En todo caso, las Administraciones públicas velarán por evitar cualquier forma de discriminación que afecte o pueda afectar a las personas con discapacidad

Ello no obstante, a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

La acreditación del grado de discapacidad se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional.»

Comentario

La modificación de la definición de personas con discapacidad operada por la Ley de 1 de agosto de adaptación normativa a la Convención pretende ampliar la definición de personas con discapacidad. La redacción del precepto resulta confusa y finalmente no queda claro si sólo se consideran aplicables a las personas con discapacidad que no hayan obtenido el reconocimiento de un grado de discapacidad del 33%, las medidas de carácter judicial, defensa y arbitraje o también las medidas contra la discriminación. En relación con esta reforma el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad afirma tomar nota de “la aprobación de la Ley N° 26/2011, que introduce el concepto de las personas con discapacidad, definido en la Convención, y amplía la protección de esas personas”. Sin embargo, señala el Comité que “le preocupa que no todas las personas con discapacidad estén protegidas por la ley” e insta al Estado parte a que vele por que todas las personas con discapacidad gocen de protección contra la discriminación y tengan igualdad de oportunidades independientemente de su nivel de discapacidad”. Por esta razón se considera necesario modificar la redacción del precepto.

Propuesta

Se propone una modificación de la norma ajustándola a la definición de persona con discapacidad de la Convención.

Texto de la norma

«2. A los efectos de esta ley son personas con discapacidad aquellas que presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

Únicamente podrá exigirse el reconocimiento de un grado de discapacidad del 33% para acceder a algunas prestaciones o medidas de acción positiva. A estos efectos, se considerarán que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

La acreditación del grado de discapacidad se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional.»

.- NORMA. Ley 39/2006 de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia. Art. 2.

Contenido

Artículo 2. Definiciones.

A efectos de la presente Ley, se entiende por:

1. Autonomía: la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria.

2. Dependencia: el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal.

(...)

4. Necesidades de apoyo para la autonomía personal: las que requieren las personas que tienen discapacidad intelectual o mental para hacer efectivo un grado satisfactorio de autonomía personal en el seno de la comunidad.

(...)

Comentario/Propuesta

En este artículo se debería mejorar la redacción y se debería incluir el diverso mundo de la discapacidad en la definición de ‘necesidad de apoyo para la autonomía personal’

Texto de la norma

Artículo 2. Definiciones.

A efectos de la presente Ley, se entiende por:

1. Autonomía personal: la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria.

2. Dependencia: la situación en la que se encuentran las personas que debido a la falta o a la pérdida de la autonomía física, mental o sensorial, precisan de algún tipo de ayuda y asistencia para realizar actividades básicas de la vida diaria. La dependencia podría también estar originada o verse agravada por la ausencia de integración social, relaciones solidarias, entornos accesibles y recursos adecuados.

(...)

4. Necesidades de apoyo para la autonomía personal: las que requieren las personas que tienen discapacidad física, sensorial, intelectual o mental para hacer efectivo un grado satisfactorio de autonomía personal en el seno de la comunidad.

(...)

.- NORMA. Ley 39/2006 de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia. Art. 4.

Contenido

Derechos y obligaciones de las personas en situación de dependencia.

“2. Asimismo, las personas en situación de dependencia disfrutarán de todos los derechos establecidos en la legislación vigente, y con carácter especial de los siguientes:

- a. A disfrutar de los derechos humanos y libertades fundamentales, con pleno respeto de su dignidad e intimidad.
 - b. A recibir, en términos comprensibles y accesibles, información completa y continuada relacionada con su situación de dependencia.
 - c. A ser advertido de si los procedimientos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación, siendo necesaria la previa autorización, expresa y por escrito, de la persona en situación de dependencia o quien la represente.
 - d. A que sea respetada la confidencialidad en la recogida y el tratamiento de sus datos, de acuerdo con la [Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal](#).
 - e. A participar en la formulación y aplicación de las políticas que afecten a su bienestar, ya sea a título individual o mediante asociación.
 - f. A decidir, cuando tenga capacidad de obrar suficiente, sobre la tutela de su persona y bienes, para el caso de pérdida de su capacidad de autogobierno.
 - g. A decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial.
 - h. Al ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios, garantizándose un proceso contradictorio.
 - i. Al ejercicio pleno de sus derechos patrimoniales.
 - j. A iniciar las acciones administrativas y jurisdiccionales en defensa del derecho que reconoce la presente Ley en el apartado 1 de este artículo. En el caso de los menores o personas incapacitadas judicialmente, estarán legitimadas para actuar en su nombre quienes ejerzan la patria potestad o quienes ostenten la representación legal.
 - k. A la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, en cualquiera de los ámbitos de desarrollo y aplicación de esta Ley.
 - l. A no sufrir discriminación por razón de orientación o identidad sexual
3. Los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para promover y garantizar el respeto de los derechos enumerados en el párrafo anterior, sin más limitaciones en

su ejercicio que las directamente derivadas de la falta de capacidad de obrar que determina su situación de dependencia.

4. Las personas en situación de dependencia y, en su caso, familiares o quienes les representen, así como los centros de asistencia, estarán obligados a suministrar toda la información y datos que les sean requeridos por las Administraciones competentes, para la valoración de su grado y nivel de dependencia; a comunicar todo tipo de ayudas personalizadas que reciban, y a aplicar las prestaciones económicas a las finalidades para las que fueron otorgadas; o a cualquier otra obligación prevista en la legislación vigente.

Las personas en situación de dependencia y, en su caso, sus familiares o quienes les representen, no estarán obligados a aportar información, datos o documentación que obren ya en poder de la Administración Pública que los solicite o que, de acuerdo con la legislación vigente, pueda ésta obtener por sus propios medios”.

Comentario

Este artículo establece un catálogo específico de derechos que la ley confiere a las personas en situación de dependencia, reconociendo que dichas personas también son titulares de todos los derechos establecidos en la legislación vigente. Algunas de las previsiones de esta disposición claramente van en contra de lo dispuesto en el artículo 12º de la Convención, desconociendo uno de los pilares esenciales en los que está fundado este nuevo instrumento de derechos humanos y que tiene que ver con el pleno reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas en situación de dependencia. De esta forma, la Convención aboga por un sistema de apoyo para la toma de decisiones, lo que obliga a efectuar una revisión exhaustiva de las normas que están redactadas sobre la base del modelo clásico de sustitución de la voluntad.

Propuesta

Se propone la modificación del artículo 4 de la Ley 39/2006

Texto de la norma

Derechos y obligaciones de las personas en situación de dependencia.

“2. Asimismo, las personas en situación de dependencia disfrutarán de todos los derechos establecidos en la legislación vigente, y con carácter especial de los siguientes:

- a. A disfrutar de los derechos humanos y libertades fundamentales, con pleno respeto de su dignidad e intimidad.*
- b. A recibir, en términos comprensibles y accesibles, información completa y continuada relacionada con su situación de dependencia.*
- c. A ser advertido de si los procedimientos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación, siendo necesaria la previa autorización, expresa y por escrito, o por cualquier medio archivable y documentable que manifieste la voluntad inequívoca, de la persona en situación de dependencia. La información deberá ser accesible y adaptada a las necesidades de la persona.*
- d. A que sea respetada la confidencialidad en la recogida y el tratamiento de sus datos, de acuerdo con la [Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal](#).*
- e. A participar en la formulación y aplicación de las políticas que afecten a su bienestar, ya sea a título individual o mediante asociación.*

- f. A tomar sus propias decisiones sobre su persona y sus bienes.
 - g. A decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial.
 - h. Al ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en el caso de ingresos involuntarios, garantizándose un proceso contradictorio
 - i. Al ejercicio pleno de sus derechos patrimoniales.
 - j. A iniciar las acciones administrativas y jurisdiccionales en defensa del derecho que reconoce la presente Ley en el apartado 1 de este artículo. En el caso de los menores estarán legitimadas para actuar en su nombre quienes ejerzan la patria potestad o quienes ostenten la representación legal.
 - k. A la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, en cualquiera de los ámbitos de desarrollo y aplicación de esta Ley.
 - l. A no sufrir discriminación por razón de orientación o identidad sexual
3. Los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para promover y garantizar el respeto de los derechos enumerados en el párrafo anterior. Las personas en situación de dependencia que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de los apoyos que puedan necesitar para el ejercicio de los derechos anteriores. Los centros de asistencia de personas en situación de dependencia tendrán la obligación de promover el establecimiento de un plan personalizado de medidas de apoyo cuando su inexistencia pueda impedir el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona o causarle un perjuicio grave de acuerdo con lo señalado en el art. 201 del Código civil.
4. Las personas en situación de dependencia y, en su caso, familiares o personas de apoyo, así como los centros de asistencia, estarán obligados a suministrar toda la información y datos que les sean requeridos por las Administraciones competentes, para la valoración de su grado y nivel de dependencia; a comunicar todo tipo de ayudas personalizadas que reciban, y a aplicar las prestaciones económicas a las finalidades para las que fueron otorgadas; o a cualquier otra obligación prevista en la legislación vigente.
- Las personas en situación de dependencia y, en su caso, sus familiares o personas de apoyo o estarán obligados a aportar información, datos o documentación que obren ya en poder de la Administración Pública que los solicite o que, de acuerdo con la legislación vigente, pueda ésta obtener por sus propios medios”.

.- NORMA. Ley 39/2006 de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia. Art. 28.

Contenido

Procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema.

“1. El procedimiento se iniciará a instancia de la persona que pueda estar afectada por algún grado de dependencia o de quien ostente su representación, y su tramitación se ajustará a las previsiones establecidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con las especificidades que resulten de la presente Ley”. (Subrayado fuera de texto)

Comentario

La norma establece el procedimiento que deberá seguirse para el reconocimiento de la situación de dependencia. Sin embargo, esta ley entiende la discapacidad como una cuestión patológica, originada en factores personales. Esto claramente contraviene

lo dispuesto en la Convención, donde se concibe a la discapacidad como una situación compleja resultante de múltiples factores, tanto sociales como individuales. En consecuencia, la presente norma -basándose en el término “persona afectada”- considera la discapacidad como una enfermedad, circunscribiendo dicha cuestión a un asunto de carácter médico y apartándose de los lineamientos del modelo social de la discapacidad.

Propuesta

Se propone la modificación de la norma.

Texto de la norma

1. El procedimiento se iniciará a instancia de la persona en situación de dependencia o de quien ostente su representación o desempeñe funciones de apoyo obligatorio, y su tramitación se ajustará a las previsiones establecidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con las especificidades que resulten de la presente Ley”.

NORMA *Ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia (art. 29)*

Contenido

Artículo 29. Programa Individual de Atención.

1. En el marco del procedimiento de reconocimiento de la situación de dependencia y las prestaciones correspondientes, los servicios sociales correspondientes del sistema público establecerán un Programa Individual de Atención en el que se determinarán las modalidades de intervención más adecuadas a sus necesidades de entre los servicios y prestaciones económicas previstos en la resolución para su grado y nivel, con la participación previa consulta y, en su caso, elección entre las alternativas propuestas del beneficiario y, en su caso, de su familia o entidades tutelares que le represente.

2. El programa individual de atención será revisado:

a) A instancia del interesado y de sus representantes legales.

(...)

Comentario/Propuesta

La adecuación de esta norma referente al Programa Individual de Atención exige que la persona en situación de dependencia haya contado con los apoyos necesarios en el proceso de toma de decisiones y que la información sea accesible y esté adaptada a las necesidades de las personas.

Texto de la norma

Artículo 29. Programa Individual de Atención.

1. En el marco del procedimiento de reconocimiento de la situación de dependencia y las prestaciones correspondientes, los servicios sociales correspondientes del sistema público establecerán un Programa Individual de Atención en el que se determinarán las modalidades de intervención más adecuadas a sus necesidades de entre los servicios y prestaciones económicas previstos en la resolución para su grado y nivel, con la participación previa

consulta y elección entre las alternativas propuestas del beneficiario. La persona en situación de dependencia recibirá la información necesaria para la realización de esta elección en formatos accesibles y tendrá derecho a que se adopten los ajustes razonables necesarios. Las personas en situación de dependencia que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de los apoyos necesarios para realizar su elección. En el caso de la que la persona no pueda conformar o expresar su voluntad por ningún medio realizarán esta elección las personas de apoyo teniendo en cuenta la identidad de la persona en situación de dependencia, su historia de vida y sus circunstancias personales y sociales.

2. El programa individual de atención será revisado:

a) A instancia del interesado y de sus personas de apoyo de conformidad con la legislación civil.

(...)

.- NORMA. *Ley 27/2007 de 23 de octubre por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas. Art. 4.*

Contenido

.- Art. 4.d). define a las personas sordas o con discapacidad auditiva como:

“aquellas personas a quienes se les haya reconocido por tal motivo, un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento, que encuentran en su vida cotidiana barreras de comunicación o que, en el caso de haberlas superado, requieren medios y apoyos para su realización”

.- Art. 4.d). define a las personas con sordo-ceguera como:

“aquellas personas con un deterioro combinado de la vista y el oído que dificulta su acceso a la información, a la comunicación y a la movilidad. Esta discapacidad afecta gravemente las habilidades diarias necesarias para una vida mínimamente autónoma, requiere servicios especializados, personal específicamente formado para su atención y métodos especiales de comunicación”.

Justificación

Esta ley regula algunos medios de apoyo para determinados colectivos de personas con deficiencias auditivas.

Pese a que la denominación “personas sordas” podría resultar discutida, una parte de este grupo poblacional reivindica para ellas este apelativo porque consideran que no pertenecen al colectivo de personas con discapacidad. Desde este punto de vista reclaman su tratamiento como una minoría lingüística. En ese sentido, las medidas de apoyo a la comunicación oral u a otras formas análogas de comunicación que estén encaminadas a la igualdad de las personas sordas, deberán contemplarse desde el punto de vista de la accesibilidad universal.

Tal como lo reconoce la propia Convención la discapacidad es un fenómeno abierto y complejo. Por esa razón, no es posible definir qué es la discapacidad de manera cerrada y taxativa, por cuanto puede abordar infinidad de situaciones. Dicha vaguedad conceptual conlleva a que las personas no se sientan correctamente definidas desde el punto de vista normativo y mucho menos identificadas dentro de este colectivo. Y esto es totalmente lógico, en la medida en que la discapacidad tradicionalmente ha sido un fenómeno infravalorado.

En todo caso, y respecto a la definición de personas sordas, debe suprimirse la referencia al grado de minusvalía, en virtud de la necesidad de manejar un concepto de discapacidad acorde con la Convención.

Propuesta

Debe suprimirse la referencia al grado de minusvalía del art. 4.d).

Debe incluirse en este artículo la referencia al uso de la lengua de signos en la definición de personas sordas.

Por su parte, definición de personas con sordo-ceguera podría reducirse al contenido de la primera frase ya que el resto no tiene porqué entrar en la definición.

Texto de la norma

.- Art. 4.d). personas sordas o con discapacidad auditiva como:

“aquellas personas quienes encuentran en su vida cotidiana barreras de comunicación siendo usuarias de la lengua de signos o de medidas de apoyo a la comunicación oral”

.- Art. 4.d). personas con sordo-ceguera como:

“aquellas personas con un deterioro combinado de la vista y el oído, que encuentran en su vida cotidiana barreras de comunicación”

.- NORMA. Ley 27/2007 de 23 de octubre por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas. Art. 5.c)

Contenido

“c) Libertad de elección: Las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas y, en su caso, sus padres o representantes legales, en el supuesto de que sean menores de edad o estén incapacitados, podrán optar por la lengua oral y/o la lengua de signos española y/o las lenguas de signos propias de las Comunidades Autónomas”

Comentario

El artículo 12 de la Convención que reconoce una igual capacidad jurídica y de obrar a todas las personas.

Propuesta

Modificación del artículo

Texto de la norma

Libertad de elección: Las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas y, en el caso de que así proceda legalmente, con la asistencia de sus padres o representantes legales si son menores de edad o de las personas que ejerzan funciones de apoyo podrán optar por la lengua oral y/o la lengua de signos española y/o las lenguas de signos propias de las Comunidades Autónomas”

.- NORMA. Ley 27/2007 de 23 de octubre por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas. Art. 16

Contenido

“Las Administraciones educativas dispondrán lo necesario para facilitar, conforme a la legislación educativa vigente, el aprendizaje de la lengua oral y de los medios de apoyo a la comunicación oral, que así lo precisen, al alumnado sordo o con discapacidad auditiva y sordociego, que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5.c) de esta Ley, haya elegido esta lengua. En caso de que estas personas sean menores de edad o estén incapacitadas, la elección corresponderá a sus padres o representantes legales”.

Comentario

El artículo 12 de la Convención reconoce una igual capacidad jurídica y de obrar a todas las personas.

Propuesta

Deberá suprimirse la referencia a las personas incapacitadas.

Texto de la norma

“Las Administraciones educativas dispondrán lo necesario para facilitar, conforme a la legislación educativa vigente, el aprendizaje de la lengua oral y de los medios de apoyo a la comunicación oral, que así lo precisen, al alumnado sordo o con discapacidad auditiva y sordociego, que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5.c) de esta Ley, haya elegido esta lengua. En caso de que estas personas sean menores de edad la elección corresponderá a sus padres o representantes legales. En el caso de que las personas lo precisen se reconocerán y prestarán las medidas de apoyo necesarias para que puedan realizar su elección”.

3.2.2. Régimen general de personalidad jurídica y capacidad jurídica.

En este ámbito se recogen exclusivamente las propuestas de reforma del régimen general de capacidad jurídica establecido en el Código civil, que incluyen la derogación de la institución de la incapacitación y su sustitución por un reconocimiento general de la igualdad en la capacidad jurídica y el establecimiento de medidas de apoyo. También se incluyen, por su carácter general, la reforma del art. 322 que define qué personas tienen capacidad para realizar actos civiles y del art. 1263 que hace referencia a la prestación general del consentimiento que inciden, al igual que los preceptos que regulan la incapacitación en muchos otros ámbitos. Otros preceptos que se refieren a capacidades específicas, y que en muchos casos giran en torno a la regulación civil, se recogen en los ámbitos correspondientes. Igualmente se contiene en este ámbito por su relación con el reconocimiento de la personalidad la propuesta de reforma de los arts. 14 y 15 Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

.- NORMA: Código Civil: Arts. 199, 200 y 201. “De la incapacitación”

Contenido

Art. 199. “Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley”.

Art. 200. “Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”.

Art. 201. “Los menores de edad podrán ser incapacitados cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad”.

Comentario

La incapacitación es la respuesta que el sistema español ofrece a las personas que tienen dificultades en la toma de sus decisiones que les impiden participar “válidamente” en el mundo jurídico. Para nuestro sistema estas personas son en lo esencial, como se señalará en el comentario al art. 200 del Código civil, personas con discapacidad. Estos sujetos tienen reconocida personalidad jurídica y lo que en nuestro sistema se conoce como capacidad jurídica, pero pueden ver restringida su capacidad de obrar.

La incapacitación se concibe y se regula como una institución restrictiva de la autonomía y de los derechos de la persona afectada. Precisamente por tal razón la normativa española predica de la incapacitación un carácter excepcional y la rodea de ciertas garantías. En efecto, el Código civil en los preceptos señalados parte de una presunción general de plena capacidad en relación con todas las personas adultas. Se trata, en todo caso, como se desprende del art. 199 de una presunción *iuris tantum* que puede rebatirse - únicamente - en un procedimiento judicial - sólo - cuando concurren ciertas causas legalmente previstas que consisten en el padecimiento de “enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”, tal y como se establece en el art. 200 del Código civil. La doctrina y la jurisprudencia suelen insistir en la importancia que reviste y la garantía que supone la intervención judicial y la delimitación “tasada” de las causas de incapacitación.

Es común señalar que este precepto no considera la discapacidad, o las deficiencias, por sí mismas, como causa de incapacitación afirmándose que el presupuesto fundamental para que opere este “mecanismo de protección” lo constituye la imposibilidad de autogobierno, esto es, la consecuencia de la “enfermedad o deficiencia”. Sin embargo, conviene tener presente que este artículo parece tener la intención y desde luego despliega el efecto de incluir únicamente a las personas con discapacidad. De este modo, la legislación española permite la restricción de la capacidad jurídica por razón de discapacidad y se centra en los “rasgos” que identifican a la persona, en las “enfermedades o deficiencias” y no en la situación en la que la persona se encuentra.

La incapacitación, como se señaló en el estudio general sobre el significado del art. 12 incluido en la primera parte del presente informe, se basa, por tanto, en el modelo médico o rehabilitador de tratamiento de la discapacidad, está presidida por el principio de protección (de la propia persona, pero también del tráfico jurídico) y requiere como complemento un sistema de sustitución en la toma de decisiones.

De esta forma, la perspectiva desde la que la incapacitación contempla a las personas adultas que tienen dificultades en la toma de sus decisiones les equipara a los menores, y por ello el actual Título X del Código civil se refiere de manera conjunta a la Tutela, guarda y curatela de los menores e incapaces.

Pues bien, según también se señaló, la incapacitación se enfrenta radicalmente con los principios contenidos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y, en especial, con el contenido de su artículo 12. En efecto, a tenor a la Convención se debe promover la autonomía de las personas con discapacidad desde la filosofía propia del modelo social, esto es, tomando en consideración tanto los factores individuales como los factores sociales que dificultan la adopción de las propias decisiones. Por ello el art. 12 reconoce la personalidad jurídica (inciso 1) y la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida (inciso 2) y obliga a los Estados a establecer un modelo de apoyo en el ejercicio de dicha capacidad (inciso 3) que debe reemplazar a los actuales sistemas de sustitución, rodearse de ciertas salvaguardas (inciso 4) y proyectarse incluso en ámbitos patrimoniales de los que tradicionalmente las personas con discapacidad han sido excluidas (inciso 5).

Como ya se dijo, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en las Observaciones finales sobre el Informe inicial presentado por España en cumplimiento del art. 35 de la Convención ha insistido en la necesidad reformar la legislación española en materia de capacidad jurídica.

Desde los parámetros de la Convención la declaración de incapacidad, incluso cuando es establecida en una sentencia judicial, no tiene sentido. De lo que se trata no es de restringir, limitar o anular la capacidad sino de promover la igual capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Por tal motivo el art. 199 del Código civil debe ser sustituido por una declaración general del reconocimiento de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones que incluya expresamente a las personas con cualquier tipo de discapacidad. Esta declaración, asumiendo la perspectiva propia del modelo social, debe ir acompañada de la garantía específica de la accesibilidad universal y los ajustes razonables en los ámbitos en los que deba ejercerse la capacidad jurídica que resultan esenciales, desde la visión propia del modelo social, para lograr la igualdad de las personas con discapacidad en este terreno.

El reconocimiento de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones (art. 12 de la Convención) y la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad (art. 5) impide que la discapacidad pueda justificar, ni directa ni indirectamente, una limitación o restricción de la capacidad jurídica, lo que obliga a modificar el art. 200 del Código civil. Desde la Convención, la discapacidad no puede ser considerada como un rasgo personal que puede dar lugar a la incapacitación y a la entrada en juego de los mecanismos de sustitución, sino una situación en la cual las personas pueden necesitar asistencia en el ejercicio de su (igual) capacidad jurídica. Una situación en la que también pueden encontrarse personas sin discapacidad. Estas personas deben contar con medidas de apoyo individualizadas y adaptadas a su situación que les permitan ejercer su capacidad jurídica y maximizar su autonomía. De este modo, la regulación de la capacidad debe partir de capacidad jurídica universal de todas las personas y reconocer la existencia de diferentes modalidades de ejercicio, que pueden consistir en la asistencia de apoyos más o menos intensos.

La importancia de la materia exige que estas medidas puedan ser establecidas por la autoridad judicial a través del diseño de un plan personalizado. La intervención judicial se considera una garantía necesaria para evitar abusos en el funcionamiento del sistema de apoyos. En todo caso, también debe reconocerse el derecho de las personas que no cuentan con este plan a usar sus apoyos informales, a que estos apoyos les sean reconocidos y, en su caso, a que les sean prestadas medidas de apoyo por las autoridades intervinientes en los actos que pretendan llevar a cabo, con independencia de que cuenten, o no, con un plan personalizado establecido en sede judicial.

Para el buen funcionamiento del sistema resulta imprescindible que las autoridades intervinientes en los diferentes actos en los que están implicadas personas que precisan apoyos se conviertan en garantes del buen y efectivo funcionamiento de estas medidas que, en todo caso, deben quedar siempre bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal y bajo la salvaguarda última del poder judicial. En este punto, además, la Convención obliga también a establecer una serie de salvaguardas que es necesario implementar en la legislación española.

Según también se dijo en el estudio general, las medidas de apoyo no se orientan a sustituir a la persona sino que pretenden asistirle y acompañarla en la toma de sus propias decisiones y todo el modelo gira en torno al respeto de la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad, que deben ser tenidas en cuenta en el diseño de las medidas y en la designación de las personas o instituciones de apoyo. Si bien el modelo de apoyo puede aceptar en situaciones excepcionales decisiones sustitutivas, que podrían ser consideradas en nuestra propuesta apoyos obligatorios, los principios desde los que éstas deben adoptarse han de respetar la identidad de la persona, su historia de vida y sus circunstancias personales y sociales. Igualmente, conviene señalar que la importancia que se concede a la voluntad y preferencias de la persona dota de especial importancia a los instrumentos de autoprotección que deben también adaptarse a la nueva filosofía presente en la Convención.

Propuesta

Se propone derogar el Título del Código civil que se refiere a la incapacitación y sustituirlo por un nuevo Título “De las medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica” basado en la filosofía de la Convención. Este Título, compuesto por 16 nuevos artículos, tendría, como se ha señalado, que reconocer la igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, la importancia de la accesibilidad y los ajustes razonables en este ámbito, el derecho general de todas las personas que puedan tener dificultades en el ejercicio de su capacidad jurídica a usar sus apoyos informales y a que se les presten las medidas de apoyo que puedan necesitar y de solicitar el establecimiento de un plan personalizado de medidas de apoyo a la autoridad judicial, establecer salvaguardas efectivas en el funcionamiento de los apoyos, regular las figuras de apoyo (quién puede desempeñar funciones apoyo, cómo se designan las figuras de apoyo en qué consiste esta función, cuando se extingue), regular los apoyos obligatorios limitados a situaciones puntuales, estableciendo los criterios desde los que decidir, regular regímenes de autoprotección etc.

Texto de las normas

Art. 199. 1. “Todas las personas podrán ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, incluidas las personas con discapacidades físicas, intelectuales y sensoriales.

2. Los poderes públicos garantizarán la accesibilidad universal en todos los ámbitos en los que las personas deban ejercer su capacidad jurídica y realizarán los ajustes razonables que sean necesarios”.

Art. 200. 1. “Toda persona que así lo requiera contará con las medidas de apoyo necesarias para el pleno ejercicio de su capacidad jurídica. Estas medidas podrán establecerse a través de la creación de un plan personalizado de medidas de apoyo establecido por la autoridad judicial, que deberá estar sujeto a controles periódicos.

2. Las medidas de apoyo serán individualizadas, adecuadas y efectivas, en su establecimiento y funcionamiento se respetarán siempre los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas y se velará por evitar los posibles abusos, la influencia indebida y los conflictos de intereses”.

Art. 201. 1. “Toda persona que tenga dificultades en el ejercicio de su capacidad jurídica podrá solicitar el establecimiento de un plan personalizado de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, a través del procedimiento judicial establecido en los arts. X y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También están legitimadas para iniciar este procedimiento las personas y entidades señaladas en el art. X de la Ley de Enjuiciamiento civil.

2. En todo caso, están obligados a promover el establecimiento judicial de un plan personalizado de medidas de apoyo cuando su inexistencia pueda impedir el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona o causarle un perjuicio grave los parientes en línea recta o colaterales hasta el cuarto grado, el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad de acuerdo con la ley, y la persona, física o jurídica, que desempeñe su atención inmediata. Podrán también promoverla las personas jurídicas legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses de las personas con discapacidad”.

3. Con independencia del establecimiento de este plan, toda persona que tenga dificultades para el ejercicio de su capacidad jurídica tendrá derecho a que se le presten las medidas de apoyo necesarias en las actuaciones que realice ante las Administraciones y funcionarios públicos y al uso y reconocimiento de los apoyos que requiera para la adopción de sus decisiones.

Art. 202. 1. “El plan personalizado de medidas de apoyo se ejercerá siempre bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal y de la autoridad judicial.

2. En cualquier momento el Ministerio Fiscal podrá exigir que se le informe sobre la situación de la persona y el efectivo funcionamiento del plan personalizado de apoyo.

3. El Juez deberá establecer, en la resolución por la que se establezca el plan personalizado de apoyo las medidas de vigilancia y control periódico que estime oportunas. Asimismo podrá pedir en cualquier momento que se le informe sobre la situación de la persona y el efectivo funcionamiento del plan personalizado de apoyo.

4. Tanto el Ministerio Fiscal como la autoridad judicial podrán actuar de oficio, a instancia del propio interesado, o de cualquier persona que ponga en su conocimiento la existencia de abusos, influencia indebida, conflictos de intereses o desviación de la voluntad o las preferencias de la persona beneficiaria de las medidas de apoyo.

Los funcionarios públicos y autoridades intervinientes en los diferentes actos deberán controlar el efectivo y adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo.

Art. 203. 1. “Las funciones de apoyo constituyen un deber y consistirán en asistir a la persona en la toma de sus propias decisiones en los ámbitos señalados en la resolución judicial respetando siempre su voluntad y sus preferencias. La misma función desempeñarán los apoyos informales con los que cuente la persona y los que le puedan prestar las Administraciones y funcionarios públicos.

2. Quienes desempeñen funciones de apoyo estarán obligados a cumplir con las obligaciones establecidas por la autoridad judicial en relación con la vigilancia y control del buen funcionamiento del plan personalizado de apoyo”.

Art. 204. 1. “Podrán ejercer las funciones de apoyo: a) Personas físicas que tengan una relación de confianza con la persona apoyada; b) Instituciones públicas o privadas creadas para este fin.

2. Las funciones de apoyo podrán ser realizadas por varias personas o instituciones atendiendo a la voluntad y preferencias, situación y necesidades de la persona a la que se refieren.

3. Para el nombramiento de las personas o instituciones de apoyo se tendrán siempre en cuenta la voluntad y las preferencias de la persona cuyo apoyo se solicita. En el caso de que la persona no pueda conformar o expresar su voluntad por ningún medio y no exista un régimen de autoprotección que se pronuncie sobre esta cuestión el juez elegirá a quienes mantengan con ella una relación significativa que les haga idóneos para decidir de acuerdo con su identidad, historia de vida y sus circunstancias personales y sociales”.

Art. 205. “No podrán desempeñar funciones de apoyo:

1.- Las personas físicas o jurídicas a las que ya se hubiese cesado o apartado en una actuación similar anterior, por culpa o negligencia.

2.- Los padres respecto de sus hijos a los que no prestaren la protección y el apoyo moral, afectivo o material necesario.

3.- Los condenados a cumplir penas privativas de libertad mientras cumplen estas.

4.- Aquellos en los que concurran circunstancias que haga suponer fundadamente que no desempeñarán bien las funciones de provisión de apoyos que les corresponden”.

Art. 206. “Si las personas o instituciones apoyo, tiene conocimiento de circunstancias que permiten la extinción de la asistencia, la modificación de su ámbito de funciones, o que les impiden cumplir con las obligaciones establecidas en el plan personalizado de apoyo deben comunicarlo a la autoridad judicial para que adopte las medidas oportunas. El incumplimiento de esta obligación generará la obligación de reparar los daños o perjuicios que ello pueda generar”

Art. 207. 1. “Únicamente cuando la persona se encuentre en una situación en la que no pueda conformar o expresar su voluntad por ningún medio podrá adoptarse una decisión en sustitución de la persona mediante el establecimiento de apoyos obligatorios. La discapacidad nunca podrá ser considerada, por sí misma, una razón para adoptar una decisión en sustitución de la persona.

2. Tales actuaciones deberán tener lugar exclusivamente en relación con decisiones que, en caso de no adoptarse, puedan ocasionar un daño grave e irreversible a la persona afectada y deberán respetar siempre su identidad. Para ello a la hora de decidir deberán tenerse presentes, entre otras cuestiones su historia de vida y sus circunstancias personales y sociales.

3. Si la persona cuenta con un régimen de autoprotección establecido de acuerdo con lo señalado en el art. XXX deberá respetarse su contenido. Para determinar la existencia y vigencia de este régimen la autoridad judicial deberá recabar de oficio certificación al Registro Civil, Registro Central, en su caso, al de Últimas Voluntades, y cualquier Registro especializado en la materia que pueda crearse en el futuro.

4. Las acciones de sustitución requerirán la autorización del Ministerio Fiscal y, cuando así se señale explícitamente, la autorización judicial que deberán velar por el respeto de los principios antes señalados. Esta autorización podrá realizarse a posteriori

cuando la urgencia lo aconseje, salvo que haya habido un cambio en las circunstancias que imposibilitan la adopción por la decisión y la persona afectada haya ratificado la medida”.

Art. 208. “A solicitud de la autoridad judicial las personas a las que se haya encomendado el desempeño de un plan de apoyos obligatorios estarán obligadas a informar al Juzgado exhaustivamente de la situación previa de los bienes o intereses personales y/o patrimoniales de la persona con discapacidad a la que haya de prestar aquellos, en función del tipo de apoyos que le haya sido encomendado, en el plazo de treinta días desde su aceptación.

La autoridad judicial podrá prorrogar este plazo, en resolución motivada, sin concurrirse causa para ello”.

Art. 209. “El juez podrá exigir la prestación de fianzas o garantías cuando lo considere preciso, para el desempeño de los apoyos a que se refiere el artículo anterior, cuando las circunstancias personales o patrimoniales lo hagan conveniente. Podrá asimismo establecerlas, modificarlas o suprimirlas a lo largo del desempeño, cuando lo considere oportuno, en resolución motivada.

No precisará prestar tales garantías la entidad pública que desempeñe esta misión por ministerio de la ley o por resolución judicial”.

Art. 210. “Salvo que en la determinación de los apoyos se hubiese establecido lo contrario, la persona o personas que desempeñan funciones de apoyo no podrán recibir liberalidades del beneficiario de los mismos, ni concurrir con este en actos o contratos cuando existan disparidad o conflicto de intereses”.

Art. 211. “La persona que en el desempeño de su función de apoyo sufra daños y perjuicios, sin culpa por su parte, tendrá derecho a la reparación de estos con cargo a los bienes de la persona beneficiaria de tales apoyos, de no poder obtener por otro medio su reconocimiento y reparación”.

Art. 212. 1. El desempeño de la función de apoyos se extingue por las siguientes causas:

- a) Por el fallecimiento, declaración de fallecimiento o de ausencia de la persona asistida o de la persona que realizaba la función.
- b) Por revocación expresa realizada por la propia persona que recibe los apoyos si esta los hubiese designado.
- c) Por la desaparición de las circunstancias que la determinaron o por el mal ejercicio de las funciones de apoyo.
- d) Por resolución judicial.

2. La autoridad judicial establecerá, en resolución judicial motivada, el inmediato cese en la prestación de apoyos cuando, durante su desempeño, sobreviniesen algunas de las causas establecidas en las disposiciones precedentes.

3. En ningún caso la renuncia, la decisión de suspensión o cualquier otra relacionado con las funciones de apoyo podrá generar desprotección o indefensión de la persona beneficiaria.

Art. 213. 1. La existencia de un plan personalizado de medidas de apoyo deberá gozar de publicidad registral para ser oponible a los terceros de buena fe

2. El juez deberá comunicar de oficio los apoyos designados al Registro civil del lugar de residencia de la persona y a los demás Registros que considere pertinentes. Cuando

este plan haya quedado sin efecto o haya sido sustituido en su caso por otro se deberá comunicar en la misma forma a los Registros donde se hubiese inscrito el primer plan.

Art. 214. 1. “Cualquier persona que considere que puede tener dificultades en el futuro en la toma de sus decisiones o que las que ya tiene pueden agravarse, podrá organizar para sí un régimen de convivencia con terceros así como establecer un régimen voluntario de autoprotección jurídica, incluyendo medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, con las previsiones y requisitos que considere adecuados a cada caso y circunstancia.

2. La persona que tenga dificultades para el ejercicio de su capacidad jurídica tiene derecho a recibir los apoyos necesarios para el establecimiento de un régimen de convivencia o de un régimen de autoprotección jurídica. Cuando estos regímenes se hayan establecido de conformidad con un plan personalizado de medidas de apoyo a la capacidad serán considerados válidos

3. El régimen de autoprotección jurídica podrá referirse, incluso con reglas diferentes, a todos los bienes e intereses de la persona con discapacidad, presentes y futuros, a un grupo de ellos o a bienes e intereses concretos y determinados. Del mismo modo, podrá hacer distinciones por razón del tipo de acto o negocio jurídico a realizar. En su caso, podrá designar a la persona o personas que deban prestarle dichos apoyos, voluntarios u obligatorios. También podrá dar indicaciones o establecer procedimientos y requisitos que crea oportunos respecto de los actos que otras personas puedan realizar en su interés o beneficio.

4. El Ministerio Fiscal podrá solicitar de la autoridad judicial la modificación, la revisión y el complemento de las normas de autoprotección, así como la introducción, en su caso, de un régimen judicial de apoyos obligatorios, en la medida en que considere que dichas normas pueden ocasionar un daño grave e irreversible para la persona. No obstante, el juez deberá respetar en lo posible las previsiones económicas establecidas por el constituyente de la autoprotección”.

.- NORMA. Código Civil. Art. 322

Contenido

“El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este código”.

Comentario

En tanto las excepciones previstas en el código incluyen a las personas “incapaces” el artículo incurre en el supuesto de discriminación por discapacidad previsto en el art 2 de la Convención y se enfrenta con el art. 12. En todo caso, si varían las excepciones esto ya no ocurre, aunque conviene hacer referencia expresa a las medidas de apoyo.

Propuesta

Modificar la normativa.

Texto de la norma

“El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en este Código. La necesidad de contar con medidas de apoyo no supondrá, en ningún caso, una limitación de la capacidad jurídica de la persona”.

.- NORMA: Código Civil: Art. 1263.

Contenido

“No pueden prestar consentimiento:

- 1. Los menores no emancipados.*
- 2. Los incapacitados”*

Comentario

Este precepto ostenta una importancia esencial en tanto se refiere a la prestación general del consentimiento, incidiendo en otros muchos ámbitos. Señala este artículo que no pueden prestar consentimiento para la celebración de los contratos los incapacitados. En virtud de lo dispuesto en la Convención no cabe admitir la referencia a la incapacidad.

Propuesta

Es necesario suprimir el segundo supuesto de este artículo y en concordancia con ello, mencionar (en el apartado que resulte pertinente) que las personas que lo precisen contarán con el apoyo necesario para expresar su consentimiento en igualdad de condiciones con las demás.

Texto de la norma

“No pueden prestar consentimiento:

- 1. Los menores no emancipados.*
- 2. Las personas que se encuentran en una situación que les impide conformar o expresar su voluntad por cualquier medio.*

Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de las medidas de apoyo que resulten necesarias para expresar su consentimiento en todos los ámbitos. El consentimiento otorgado por una persona que cuenta con un plan personalizado de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica de conformidad con las previsiones contenidas en dicho plan deberá considerarse plenamente válido. En todo caso, las autoridades o funcionarios públicos que puedan intervenir en los diferentes contratos deberán controlar el efectivo y adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo de acuerdo con lo señalado en los arts. 215 y ss. de este Código”.

.- NORMA: Código Civil: Art. 1264.

Contenido

“La incapacidad declarada en el artículo anterior está sujeta a las modificaciones que la ley determina, y se entiende sin perjuicio de las incapacidades especiales que la misma establece”.

Comentario

El uso del término de incapacidad es contrario a la Convención. Además esta figura representa el modelo de sustitución, que deberá ser reemplazado por el modelo de apoyo de acuerdo con lo establecido en la Convención en su Art.12.

Propuesta

Derogación del precepto.

.- NORMA: *Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Arts. 14 y 15.*

Contenido

.- Art 14. *Interrupción del embarazo a petición de la mujer.*

“Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurran los requisitos siguientes:

a. Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en los apartados 2 y 4 del [artículo 17 de esta Ley](#).

b. Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención”.

.- Art. 15. *Interrupción por causas médicas.*

“Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

a. Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen.

b. Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija.

c. Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico”.

Comentario

El presente artículo establece las excepciones por las cuales el embarazo podrá interrumpirse en un periodo distinto. Entre estas causas, las dos últimas redundan en discriminación por motivos de discapacidad.

Evidentemente esta disposición se funda en un modelo médico rehabilitador, en el que se concibe a la discapacidad como una cuestión de salud/enfermedad y de incompatibilidad con una vida digna.

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, partiendo del entendimiento de que la discriminación por motivos de discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherente del ser humano; promueve por una parte un modelo social en el que la discapacidad no es considerada una cuestión individual sino un producto de la interacción entre la persona y un entorno con barreras, y por otra un modelo en el que las personas con discapacidad forman parte de la diversidad de la condición humana. Derivado de estos paradigmas, el fenómeno de la discapacidad es una cuestión social, y no del individuo, y en el mismo sentido, la dignidad de la persona no se basa en su “deficiencia” o ausencia de ella, sino en el hecho de ser humano.

Propuesta

Se deberá modificar la norma.

Texto de la norma

Art 14. Interrupción del embarazo a petición de la mujer.

Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurran los requisitos siguientes:

a. Que se haya informado, de manera accesible y atendiendo a sus necesidades, a la mujer embarazada, la cual contará con los apoyos necesarios que precise, sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en los apartados 2 y 4 del [artículo 17 de esta Ley](#).

b. Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención.

Art. 15. Interrupción por causas médicas.

Excepcionalmente, y siempre que medie el consentimiento expreso conforme al establecido en el artículo 13 de la presente Ley, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a. Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento, según lo dispuesto en la Ley 41/2002.

b. Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por dos médicos o médicas especialistas, distintos del que practique la intervención y así lo confirme un comité clínico”.

3.2.3. Procedimiento de incapacitación

En este apartado se contiene la propuesta de reforma la regulación procesal del Procedimiento de incapacitación contenida en la Ley de Enjuiciamiento civil. En todo caso, una visión completa de esta materia debe completarse con las propuestas de reforma contenidas en el apartado 3.2.2 relativas a la regulación sustantiva de la incapacitación en el Código civil.

.- NORMAS. *Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil. Arts. 756, 757, 758, 759, 760, 761, 762*

Contenido

Art. 756. *Será competente para conocer de las demandas sobre capacidad y declaración de prodigalidad el Juez de Primera Instancia del lugar en que resida la persona a la que se refiera la declaración que se solicite.*

Art. 757. *Legitimación en los procesos de incapacitación y de declaración de prodigalidad.*

1. *La declaración de incapacidad puede promoverla el presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes, o los hermanos del presunto incapaz.*

2. *El Ministerio Fiscal deberá promover la incapacitación si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no la hubieran solicitado.*

3. *Cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.*

4. *No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, la incapacitación de menores de edad, en los casos en que proceda conforme a la Ley, sólo podrá ser promovida por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela.*

5. *La declaración de prodigalidad sólo podrá ser instada por el cónyuge, los descendientes o ascendientes que perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos y los representantes legales de cualquiera de ellos. Si no la pidieren los representantes legales, lo hará el Ministerio Fiscal.*

Art. 758. *“El presunto incapaz o la persona cuya declaración de prodigalidad se solicite pueden comparecer en el proceso con su propia defensa y representación.*

Si no lo hicieren, serán defendidos por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento. En otro caso, el Tribunal designará un defensor judicial, a no ser que estuviere ya nombrado”.

Art. 759. *“1. En los procesos de incapacitación, además de las pruebas que se practiquen de conformidad con lo dispuesto en el art. 752, el tribunal oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinará a éste por sí mismo y acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes. Nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal.*

2. Cuando se hubiera solicitado en la demanda de incapacitación el nombramiento de la persona o personas que hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él, sobre esta cuestión se oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, a éste, si tuviera suficiente juicio, y a las demás personas que el tribunal considere oportuno.

3. Si la sentencia que decida sobre la incapacitación fuere apelada, se ordenará también de oficio en la segunda instancia la práctica de las pruebas preceptivas a que se refieren los apartados anteriores de este artículo”.

Art. 760 CC. Sentencia

“1. La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 763.

2. En el caso a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior, si el tribunal accede a la solicitud, la sentencia que declare la incapacitación o la prodigalidad nombrará a la persona o personas que, con arreglo a la Ley, hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él.

3. La sentencia que declare la prodigalidad determinará los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento de la persona que deba asistirle”.

Art. 761 CC. Reintegración de la capacidad y modificación del alcance de la Incapacitación

“1. La sentencia de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida.

2. Corresponde formular la petición para iniciar el proceso a que se refiere el apartado anterior, a las personas mencionadas en el apartado 1 del art. 757, a las que ejercieren cargo tutelar o tuvieran bajo su guarda al incapacitado, al Ministerio Fiscal y al propio incapacitado.

Si se hubiera privado al incapacitado de la capacidad para comparecer en juicio, deberá obtener expresa autorización judicial para actuar en el proceso por sí mismo.

3. En los procesos a que se refiere este artículo se practicarán de oficio las pruebas preceptivas a que se refiere el art. 759, tanto en la primera instancia como, en su caso, en la segunda.

La sentencia que se dicte deberá pronunciarse sobre si procede o no dejar sin efecto la incapacitación, o sobre si deben o no modificarse la extensión y los límites de ésta”.

Art. 762. Medidas cautelares

“1. Cuando el tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva, si lo estima procedente, la incapacitación.

2. El Ministerio Fiscal podrá también, en cuanto tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación de una persona, solicitar del tribunal la inmediata adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior.

Las mismas medidas podrán adoptarse, de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento de incapacitación.

3. Como regla, las medidas a que se refieren los apartados anteriores se acordarán previa audiencia de las personas afectadas. Para ello será de aplicación lo dispuesto en los arts. 734, 735 y 736 de esta Ley”.

Comentario

Como se desprende del comentario realizado respecto de los artículos del Código civil relativos a la incapacitación es necesario derogar el procedimiento que permite declararla y sustituirlo por un nuevo procedimiento encaminado al establecimiento de medidas de apoyo (plan personalizado de medidas de apoyo) de conformidad con el art. 12 de la Convención.

Propuesta

Derogación de estos preceptos y creación de un nuevo Título que afecta a los artículos expuestos. Parece oportuno optar por la existencia de juzgados especializados en los partidos judiciales, mientras no se proceda su creación la competencia para conocer de estos procesos corresponderá al juez de primera instancia del lugar donde resida la persona beneficiaria del plan. Estarán legitimados para solicitar el establecimiento de un plan personalizado de medidas de apoyo la persona beneficiaria del mismo, sus parientes más próximos o las personas de su entorno más cercano, o de las entidades sin ánimo de lucro que representan a las personas con discapacidad que serán siempre parte cuando la persona beneficiaria sea una persona con discapacidad y el Ministerio Fiscal. Además, como se desprende de lo señalado en otros ámbitos el juez de lo penal por la comisión de un delito o un juez en general que conozca de la necesidad de su establecimiento. Según lo señalado en la regulación establecida en el

Código hay personas que están obligadas a solicitar el establecimiento de este plan cuando su inexistencia pueda impedir a la persona el ejercicio de su capacidad jurídica u ocasionarle un perjuicio.

La decisión acerca del establecimiento de un plan personalizado de medidas de apoyo, salvo cuando exista oposición por parte de la persona beneficiaria o por cualquiera otra entre las legitimadas para instar las medidas de apoyo, se sustanciará de acuerdo con el procedimiento de jurisdicción voluntaria. La voluntad y las preferencias de la persona beneficiaria del plan, a quien el juez tendrá la obligación de escuchar, serán siempre tenidas en cuenta en el diseño de las medidas de apoyo y en la elección de la persona o instituciones de apoyo. En todo caso, la evaluación de la necesidad de apoyo encaminada a establecer medidas individualizadas ajustadas a las circunstancias de la persona no se basará en criterios netamente médicos y en factores individuales, sino que tendrá en cuenta factores sociales y la situación global de la persona. Los planes personalizados de apoyo deberán detallar de manera pormenorizadas las áreas en las que las personas precisan asistencia y la figura o figuras de apoyo. Cuando se trate de una persona que no puede conformar o expresar por ningún medio su voluntad el plan podrá contemplar apoyos obligatorios que sustituyan a la persona en la toma de decisiones establecidas individualizadamente en la resolución y que deberán respetar siempre la identidad de la persona. Para ello a la hora de adoptar estas decisiones sustitutivas se tendrá siempre en cuenta la historia de vida de la persona y sus circunstancias personales y sociales. Deben establecerse en la resolución controles para garantizar el buen funcionamiento de los apoyos, evitar abusos e influencia indebida y mecanismos de revisión periódica de las medidas.

Texto de la norma

DE LOS PROCESOS PARA EL ESTABLECIMIENTO DE PLANES PERSONALIZADOS DE MEDIDAS DE APOYO AL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD

Art. 1.1 “Será competente en los procedimientos sobre establecimiento de planes personalizados de medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad el Juzgado especializado o, en su defecto, el de 1ª Instancia del lugar en el que resida la persona a quien se refieran dicho plan.”

Art. 1.2. Corresponde al mismo Tribunal conocer de todas las cuestiones que se susciten en relación con dicho plan, salvo que éste estime conveniente, debido a un cambio de residencia de la persona a la que se refiere el plan, inhibirse a favor del Juzgado de la nueva residencia, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de los legitimados en el proceso.

Art. 2.1. Toda persona que tenga dificultades en la toma de sus decisiones podrá promover el establecimiento de un plan personalizado de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica. También podrán promover el establecimiento de este régimen sus parientes más próximos o las personas de su entorno más cercano. Cuando la persona sea una persona con discapacidad en estos procedimientos podrán promover el establecimiento de este plan las entidades sin ánimo de lucro representativas de colectivos de personas con discapacidad del lugar donde resida la persona.

Art. 2.2. El Ministerio Fiscal deberá promover el establecimiento de un plan personalizado de medidas de apoyo cuando considere que su inexistencia puede

impedir u obstaculizar el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona y ni ésta ni las personas mencionadas en el artículo anterior hayan promovido su establecimiento

Art. 2.3. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran de de la anterior situación deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Art. 2.4. La existencia de un plan personalizado de medidas de apoyo deberá gozar de publicidad registral para ser oponible a los terceros de buena fe.

Art.3 . Las decisiones sobre el establecimiento de planes personalizados de medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad se sustanciarán por los procedimientos de la jurisdicción voluntaria.

Art.4 .- Si la solicitud que inicia el procedimiento es cuestionada por la persona para la que se solicita el plan o por cualquiera otra entre las legitimadas para instar las medidas de apoyo, se tramitará el procedimiento como contencioso.

Art. 5.1. La persona cuyo plan personalizado de medidas de apoyo se solicite participará siempre en el proceso y contará con su propia defensa o representación o a falta o imposibilidad de ésta serán defendidos por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento. En otro caso, el Tribunal designará un defensor judicial, a no ser que estuviere ya nombrado.

Art. 5.2. El tribunal podrá dar audiencia, además, a los parientes y personas más próximas si lo considera oportuno”.

Art. 6.- El juez podrá de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal, de la persona a la que se refiere el plan o de las personas legitimadas en el procedimiento, modificar las medidas de apoyo para adecuarlas a las circunstancias de cada momento. En todo caso, toda modificación deberá realizarse previa audiencia del Ministerio Fiscal, de la persona a la que se refiere el plan, sus parientes más próximos o las personas de su entorno que se consideren pertinentes, garantizando el respeto a la voluntad y preferencias de la persona objeto del plan.

Art. 7.1. El tribunal acordará los dictámenes periciales que estime necesarios para obtener un conocimiento global de la situación de la persona. En todo caso, se acordará un dictamen pericial médico que deberá pronunciarse específicamente sobre las habilidades concretas de la persona en sus diferentes esferas de actuación y un dictamen psico-social que deberá referirse a las actividades más frecuentes de la persona, su relación con su entorno familiar y afectivo, posible existencia de redes de apoyo etc.

Art. 7. 2. Cuando la persona sea una persona con discapacidad en estos procedimientos podrán ser parte las entidades sin ánimo de lucro representativas de colectivos de personas con discapacidad del lugar donde resida la persona.

Art. 8.1. El Tribunal deberá resolver en un plazo no superior a 15 días contados desde el inicio del procedimiento. La resolución que establezca el plan personalizado de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica determinará de forma individualizada los actos concretos en relación con los cuales la persona necesita asistencia y la figura o figuras de apoyo que asistirán a la persona en la realización de dichos actos. Tanto en la determinación de la extensión del apoyo, como en la determinación de la figura que lo prestará se respetará la voluntad y las preferencias de la persona.

Art. 8.2. La resolución establecerá, asimismo, los mecanismos de control oportunos para garantizar el efectivo y adecuado funcionamiento del plan personalizado de medidas apoyo. Estos mecanismos deben asegurar que se respeten los derechos de la persona, su voluntad y sus preferencias y que no se produzca conflicto de intereses o influencia indebida. El plan de seguimiento deberá establecer, en su caso y sin

perjuicio de lo señalado en la legislación específica al afecto, qué tipo de decisiones se deben comunicar por su trascendencia al Ministerio Fiscal para que controle que los apoyos se realizan, efectivamente, de conformidad con los principios antes señalados.

Art. 8.3. Los actos realizados por las personas que cuenten con un plan personalizado de conformidad con las previsiones contenidas en el mismo deberán considerarse plenamente válidos.

Art. 8.4. Las autoridades y funcionarios públicos deben comprobar en las diferentes actuaciones en las que intervengan que las personas cuentan con los apoyos necesarios para el ejercicio de su capacidad jurídica y su adecuado funcionamiento de conformidad con las salvaguardas señaladas en la normativa vigente.

Art. 8.5. Únicamente cuando la situación en la que se encuentra la persona le impida expresar por cualquier medio su voluntad y preferencias, la resolución judicial podrá establecer la posibilidad de apoyos obligatorios que sustituyan a la persona en la toma de determinadas decisiones que se especificarán individualizadamente en la sentencia. En todo caso, estas decisiones sólo deberán tomarse cuando su no adopción pueda ocasionar un daño grave e irreversible a la persona afectada y deberán basarse en la identidad de la persona. Para ello deberán tenerse presentes, entre otras cuestiones su historia de vida y sus circunstancias personales y sociales.

La adopción de estas decisiones deberá ser autorizada por el Ministerio Fiscal con carácter previo, si ello fuera posible, sin perjuicio de que la autorización judicial que la legislación exige en algunos supuestos que deberán controlar el respeto de los principios antes señalados.

En todo caso, si la persona cuenta con un régimen de autoprotección habrá de respetarse su contenido.

Art. 9.1. Cuando el tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de una persona que requiere de un plan personalizado de medidas de apoyo adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para su adecuada protección y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva, si lo estima procedente, el establecimiento de este plan.

Art. 9.2. El Ministerio Fiscal podrá también solicitar del tribunal la inmediata adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior.

Las mismas medidas podrán adoptarse, de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento de establecimiento de un plan personalizado de apoyo.

Art. 9.3. Como regla, las medidas a que se refieren los apartados anteriores se acordarán previa audiencia de las personas afectadas”.

3.2.4. Instituciones de protección y representación

En relación con este tema adquieren relevancia las propuestas de reforma planteadas en el ámbito 3.2.2 del Código civil relativas a la creación de un nuevo Título del Código civil, “**De las medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica**” que regule las medidas y las figuras de apoyo. Las personas adultas que tienen dificultades en la toma de sus decisiones ya no cuentan con instituciones de protección y representación, sino con instituciones de apoyo.

Además, se considera necesario en este ámbito realizar las siguientes reformas:

.- NORMAS: Código Civil: Art. 215, 216, 222 a 230, 232, 233, 234, 267, 287, 289.

Contenido

Art. 215. “La guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados, se realizará, en los casos que proceda, mediante:

1. La tutela.
2. La curatela.
3. El defensor judicial”.

Art. 216. “Las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial.

Las medidas y disposiciones previstas en el [artículo 158](#) de este Código podrán ser acordadas también por el Juez, de oficio o a instancia de cualquier interesado, en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores e incapaces, en cuanto lo requiera el interés de éstos”.

.- Art. 222.

“Estarán sujetos a tutela:

1. Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad.
2. Los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido.
3. Los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela.
4. Los menores que se hallen en situación de desamparo”. (Subrayado fuera de texto)

.- Art. 223.

“Los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados.

Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.

Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado.

En los procedimientos de incapacitación, el juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del registro de actos de última voluntad, a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo”. (Subrayado fuera de texto)

.- Art. 224.

“Las disposiciones aludidas en el [artículo anterior](#) vincularán al Juez, al constituir la tutela, salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa, en cuyo caso lo hará mediante decisión motivada”.

.- Art. 225.

“Cuando existieren disposiciones en testamento o documento público notarial del padre y de la madre, se aplicarán unas y otras conjuntamente en cuanto fueran compatibles. De no serlo, se adoptarán por el Juez, en decisión motivada, las que considere más convenientes para el tutelado”.

.- Art. 226.

“Serán ineficaces las disposiciones hechas en testamento o documento público notarial sobre la tutela si, en el momento de adoptarlas, el disponente hubiese sido privado de la patria potestad”.

.- Art. 227.

“El que disponga de bienes a título gratuito en favor de un menor o incapacitado, podrá establecer las reglas de administración de los mismos y designar la persona o personas que hayan de ejercitarla. Las funciones no conferidas al administrador corresponden al tutor”.

.- Art. 228.

“Si el Ministerio Fiscal o el Juez competente tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela, pedirá el primero y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la constitución de la tutela”.

.- Art. 229.

“Estarán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare, los parientes llamados a ella y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado, y si no lo hicieren, serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados”.

.- Art. 230.

“Cualquier persona podrá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la autoridad Judicial el hecho determinante de la tutela”.

.- Art. 232.

“La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado.

En cualquier momento podrá exigir del tutor que le informe sobre la situación del menor o del incapacitado y del estado de la administración de la tutela”.

.- Art. 233.

“El Juez podrá establecer, en la resolución por la que se constituya la tutela o en otra posterior, las medidas de vigilancia y control que estime oportunas en beneficio del tutelado. Asimismo podrá en cualquier momento exigir del tutor que informe sobre la situación del menor o del incapacitado y del estado de la administración”.

.- Art. 234.

“Para el nombramiento de tutor se preferirá:

- 1. Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del [artículo 223](#).*
- 2. Al cónyuge que conviva con el tutelado.*
- 3. A los padres.*
- 4. A la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad.*
- 5. Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez.*

Excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exige.

Se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida familiar del tutor”.

.- Art. 267.

“El tutor es el representante del menor o incapacitado salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la Sentencia de incapacitación”.

.- Art. 287.

“Igualmente procede la curatela para las personas a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento”.

.- Art. 289.

“La curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido”.

Comentario

Una vez regulado el apoyo al ejercicio de la capacidad en un nuevo Título, se considera necesario suprimir toda referencia a la incapacitación en estos artículos que quedarán referidos únicamente a los menores. Aquéllos que aludan exclusivamente a la incapacitación deberán ser derogados.

Propuesta

Nueva redacción o derogación de las normas.

Texto de las normas

Art. 215. *La guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores se realizará, en los casos que proceda, mediante:*

- 1. La tutela.*
- 2. La curatela.*
- 3. El defensor judicial”.*

Art. 216. *“Las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del menor y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial.*

Las medidas y disposiciones previstas en el [artículo 158](#) de este Código podrán ser acordadas también por el Juez, de oficio o a instancia de cualquier interesado, en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho del menor en cuanto lo requiera el interés de éste.

Art. 222. *“Estarán sujetos a tutela:*

- 1. Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad.*
- 2. Los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela.*
- 3. Los menores que se hallen en situación de desamparo”.*

Art. 223. *“Los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores.*

Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado.

Art. 224. *“Las disposiciones aludidas en el [artículo anterior](#) vincularán al Juez, al constituir la tutela, salvo que el beneficio del menor exija otra cosa, en cuyo caso lo hará mediante decisión motivada”.*

Art. 225. *“Cuando existieren disposiciones en testamento o documento público notarial del padre y de la madre, se aplicarán unas y otras conjuntamente en cuanto fueran compatibles. De no serlo, se adoptarán por el Juez, en decisión motivada, las que considere más convenientes para el tutelado”.*

Art. 226. *“Serán ineficaces las disposiciones hechas en testamento o documento público notarial sobre la tutela si, en el momento de adoptarlas, el disponente hubiese sido privado de la patria potestad”.*

Art. 227. “El que disponga de bienes a título gratuito en favor de un menor, podrá establecer las reglas de administración de los mismos y designar la persona o personas que hayan de ejercitarla. Las funciones no conferidas al administrador corresponden al tutor”.

Art. 228. “Si el Ministerio Fiscal o el Juez competente tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela, pedirá el primero y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la constitución de la tutela”.

Art. 229. “Estarán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare, los parientes llamados a ella y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor, y si no lo hicieren, serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados”.

Art. 230. “Cualquier persona podrá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la autoridad Judicial el hecho determinante de la tutela”.

Art. 232. “La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado.

En cualquier momento podrá exigir del tutor que le informe sobre la situación del menor y del estado de la administración de la tutela”.

Art. 233. “El Juez podrá establecer, en la resolución por la que se constituya la tutela o en otra posterior, las medidas de vigilancia y control que estime oportunas en beneficio del tutelado. Asimismo podrá en cualquier momento exigir del tutor que informe sobre la situación del menor y del estado de la administración”.

Art. 234. “Para el nombramiento de tutor se preferirá:

1. A la persona o personas designadas por los padres en sus disposiciones de última voluntad.
2. Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez.

Excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor así lo exige.

Se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida familiar del tutor”.

Art. 267. “El tutor es el representante del menor salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo por disposición expresa de la ley”.

Art. 287. DEROGAR

Art. 289. DEROGAR

.- NORMA: Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Art. 2

Contenido

.- Art. 2:

“Beneficiarios.

1. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad tendrá como beneficiario, exclusivamente, a la persona en cuyo interés se constituya, que será su titular.
2. A los efectos de esta ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad:
 - a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento.
 - b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento.
3. El grado de minusvalía se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme”.

Comentario

La Ley 41/2003 regula lo concerniente al patrimonio protegido y tiene como propósito la afectación de una masa patrimonial a la satisfacción de las necesidades vitales de los beneficiarios de la misma. Para los efectos de la mencionada ley se consideran personas con discapacidad aquellas que están afectadas por un grado de minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento y/o aquellas que están afectadas por un grado de minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento, lo cual se acredita mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme (Art. 2).

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad no hace una definición de los tipos de discapacidad existentes, por el contrario, al definir el fenómeno de la discapacidad, lo hace de un modo abierto, entendiendo que no es una condición que esté en la persona, sino el resultado de la interacción entre personas con deficiencias y las barreras. Aunado a esto, para la Convención, las personas con discapacidad, incluyen (no es limitativo) a aquellas con deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales.

En este sentido, el artículo que se analiza denota haber sido concebido a la luz de un modelo médico rehabilitador, y no del modelo social de la discapacidad que promueve la Convención.

Propuesta

Suprimir el término de minusvalía, por ser este discriminatorio y contrario a lo que se establece al Art.5 de la Convención, pudiendo reemplazarse por los términos de personas con discapacidad.

Utilizar el concepto amplio de discapacidad que maneja la Convención. Modificar así el sistema de porcentaje, como único criterio para acceder a los beneficio del patrimonio protegido. Habrá que igualar en capacidad de ejercicio a las personas con discapacidad como el resto de las personas, de conformidad con el Art. 12 de la Convención.

Texto de la norma

1. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad tendrá como beneficiario, exclusivamente, a la persona en cuyo interés se constituya, que será su titular.
2. Para determinar a favor de qué personas con discapacidad se puede constituir un patrimonio protegido habrá que atender tanto al grado de discapacidad como a la situación social en la que se encuentra la persona.
3. El grado de discapacidad se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme”.

.- NORMA: Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Art. 3

Contenido

.- Art. 3:

“Constitución.

1. Podrán constituir un patrimonio protegido:

a) La propia persona con discapacidad beneficiaria del mismo, siempre que tenga capacidad de obrar suficiente.

b) Sus padres, tutores o curadores cuando la persona con discapacidad no tenga capacidad de obrar suficiente.

c) El guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica podrá constituir en beneficio de éste un patrimonio protegido con los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquéllos y en los que hubiera sido designado beneficiario; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los [artículos 303, 304 y 306 del Código Civil](#).

2. Cualquier persona con interés legítimo podrá solicitar de la persona con discapacidad o, en caso de que no tenga capacidad de obrar suficiente, de sus padres, tutores o curadores, la constitución de un patrimonio protegido, ofreciendo al mismo tiempo una aportación de bienes y derechos adecuados, suficiente para ese fin.

En caso de negativa injustificada de los padres o tutores, el solicitante podrá acudir al fiscal, quien instará del juez lo que proceda atendiendo al interés de la persona con discapacidad. Si el juez autorizara la constitución del patrimonio protegido, la resolución judicial determinará el contenido a que se refiere el apartado siguiente de esta ley. El cargo de administrador no podrá recaer, salvo justa causa, en el padre, tutor o curador que se hubiera negado injustificadamente a la constitución del patrimonio protegido.

3. El patrimonio protegido se constituirá en documento público, o por resolución judicial en el supuesto contemplado en el apartado anterior.

Dicho documento público o resolución judicial tendrá, como mínimo, el siguiente contenido:

a) El inventario de los bienes y derechos que inicialmente constituyan el patrimonio protegido.

b) La determinación de las reglas de administración y, en su caso, de fiscalización, incluyendo los procedimientos de designación de las personas que hayan de integrar los órganos de administración o, en su caso, de fiscalización. Dicha determinación se realizará conforme a lo establecido en el [artículo 5 de esta ley](#).

c) Cualquier otra disposición que se considere oportuna respecto a la administración o conservación del mismo.

Los notarios comunicarán inmediatamente la constitución y contenido de un patrimonio protegido por ellos autorizado al fiscal de la circunscripción correspondiente al domicilio de la persona con discapacidad, mediante firma electrónica avanzada. Igual remisión efectuarán de las escrituras relativas a las aportaciones de toda clase, que se realicen con posterioridad a su constitución.

El fiscal que reciba la comunicación de la constitución de un patrimonio protegido y no se considere competente para su fiscalización lo remitirá al fiscal que designe el Fiscal General del Estado, de acuerdo con su Estatuto Orgánico”.

Comentario

De acuerdo con la mencionada ley, el patrimonio protegido podrá ser constituido por la propia persona con discapacidad siempre y cuando tenga capacidad de obrar suficiente (Art. 3.1.a); o por sus padres, tutores o curadores, cuando no cuenten con dicha capacidad (Art. 3.1.b); o por el guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica, con los bienes que los padres o tutores le hubiesen dejado mediante título de herencia, o en virtud de pensiones constituidas a su favor (3.1.c). Dicho patrimonio se extingue por la muerte del beneficiario o cuando éste deja de tener la condición de persona con discapacidad (Art. 6.1).

El vocablo capacidad de obrar suficiente, es discriminatorio a la luz de la Convención, por ser un término totalmente excluyente y que se supedita a lo dispuesto

en las normas sobre restricción al ejercicio de la capacidad, que son contradictorias con el propio espíritu de la Convención.

Es necesario anotar, que de acuerdo con la Convención, las personas con discapacidad tienen la capacidad jurídica en igualdad de condiciones que el resto de personas. En tal sentido, señalar que podrán constituir un patrimonio protegido las personas con discapacidad siempre que tengan capacidad de obrar suficiente sería contrario a la Convención, porque partiría de una premisa claramente restrictiva: que algunas personas con discapacidad no tienen capacidad de obrar suficiente.

Propuesta

Suprimir “capacidad de obrar suficiente”.

Suprimir el párrafo relativo a la discapacidad psíquica.

Eliminar la supeditación a la regulación del sistema de incapacitación judicial que hace el Código Civil.

Reconocer la plena capacidad a las personas con discapacidad para la realización de los actos jurídicos mencionados.

Admitir la implementación del modelo de apoyo en la toma de decisiones, dependiendo del caso en concreto y como forma de garantía del derecho a la igualdad.

Implementar y fortalecer medidas de control de la asistencia personal a fin de evitar la influencia indebida en las decisiones de las personas con discapacidad.

Capacitar en materia de derechos humanos a los operadores jurídicos tratando de esta manera de prevenir la burocratización que pudiera entorpecer el acceso a los trámites relacionados con la constitución del patrimonio protegido de las personas con discapacidad.

Texto de la norma

“Constitución.

1. Podrán constituir un patrimonio protegido:

a) La propia persona con discapacidad beneficiaria del mismo. Para su constitución las personas con discapacidad deberán contar con las medidas de apoyo que resulten necesarias. Las personas con discapacidad que cuenten con un plan personalizado de medidas de apoyo podrán establecer un patrimonio protegido de conformidad con las previsiones contenidas en dicho plan. El Notario deberá controlar el efectivo y adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo de acuerdo con lo señalado en el art. 215 del Código civil.

b) Sus padres o personas de apoyo cuando la persona con discapacidad no pueda conformar o expresar su voluntad por cualquier medio.

2. Cualquier persona con interés legítimo podrá solicitar de la persona con discapacidad o en relación con las personas mencionadas en el apartado 1b) la constitución de un patrimonio protegido, ofreciendo al mismo tiempo una aportación de bienes y derechos adecuados, suficiente para ese fin.

En caso de negativa injustificada de los padres o personas de apoyo, el solicitante podrá acudir al fiscal, quien instará del juez lo que proceda atendiendo al interés de la persona con discapacidad. Si el juez autorizara la constitución del patrimonio protegido, la resolución judicial determinará el contenido a que se refiere el apartado siguiente de esta ley.

3. La administración del patrimonio protegido corresponderá a la propia persona con discapacidad que, en caso de precisarlo, contará para ello con las medidas de apoyo que resulten necesarias que deberán establecerse en el documento público o la resolución judicial por el que se constituya el mismo. En caso de que la situación de la

persona le impida administrar el patrimonio protegido por sí misma se nombrará un administrador. El cargo de administrador no podrá recaer, salvo justa causa, en el padre o persona de apoyo que se hubiera negado injustificadamente a la constitución del patrimonio protegido.

3. El documento público o resolución judicial por la que se establezca el patrimonio protegido, además de establecer las previsiones señaladas en el apartado anterior señalará.

a) El inventario de los bienes y derechos que inicialmente constituyan el patrimonio protegido.

b) La determinación de las reglas fiscalización...

c) Cualquier otra disposición que se considere oportuna respecto a la administración o conservación del mismo.

Los notarios deberán garantizar, en su caso, que la persona que constituye el patrimonio protegido cuenta con los apoyos necesarios para tal constitución y administración y comunicarán inmediatamente la constitución y contenido de un patrimonio protegido por ellos autorizado al fiscal de la circunscripción correspondiente al domicilio de la persona con discapacidad, mediante firma electrónica avanzada. Igual remisión efectuarán de las escrituras relativas a las aportaciones de toda clase, que se realicen con posterioridad a su constitución.

El fiscal que reciba la comunicación de la constitución de un patrimonio protegido y no se considere competente para su fiscalización lo remitirá al fiscal que designe el Fiscal General del Estado, de acuerdo con su Estatuto Orgánico”.

.- NORMA: Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Art. 4

Contenido:

.- Art. 4:

“Aportaciones al patrimonio protegido.

1. Las aportaciones de bienes y derechos posteriores a la constitución del patrimonio protegido estarán sujetas a las mismas formalidades establecidas en el artículo anterior para su constitución.

2. Cualquier persona con interés legítimo, con el consentimiento de la persona con discapacidad, o de sus padres o tutores o curadores si no tuviera capacidad de obrar suficiente, podrá aportar bienes o derechos al patrimonio protegido. Estas aportaciones deberán realizarse siempre a título gratuito y no podrán someterse a término.

En caso de que los padres, tutores o curadores negasen injustificadamente su consentimiento, la persona que hubiera ofrecido la aportación podrá acudir al fiscal, quien instará del juez lo que proceda atendiendo al interés de la persona con discapacidad.

1. Al hacer la aportación de un bien o derecho al patrimonio protegido, los aportantes podrán establecer el destino que deba darse a tales bienes o derechos o, en su caso, a su equivalente, una vez extinguido el patrimonio protegido conforme al [artículo 6](#), siempre que hubieran quedado bienes y derechos suficientes y sin más limitaciones que las establecidas en [el Código Civil](#) o en las normas de derecho civil, foral o especial, que, en su caso, fueran aplicables”.

Comentario

El precepto remite a las disposiciones generales sobre el régimen de capacidad civil y el sistema de incapacitación judicial. Permite así la sustitución de las decisiones de las personas con discapacidad por el tutor y desconoce, en general, la plena capacidad de las personas con discapacidad.

Propuesta

Eliminar el modelo de sustitución de las decisiones.

Reconocer la plena capacidad a las personas con discapacidad.

Admitir el sistema de apoyo en las decisiones de las personas con discapacidad.

Eliminar la disposición a futuro del aportante sobre el destino de los bienes, una vez cumplidas las condiciones para extinguirse el patrimonio protegido para lo cual, deberá sujetarse a las reglas ordinarias de la sucesión (en el caso de muerte).

Texto de la norma

Aportaciones al patrimonio protegido.

1. Las aportaciones de bienes y derechos posteriores a la constitución del patrimonio protegido estarán sujetas a las mismas formalidades establecidas en el artículo anterior para su constitución.

2. Cualquier persona con interés legítimo, con el consentimiento de la persona con discapacidad, o de sus padres o personas que ejercen la función de apoyo si no pudiera conformar o expresar por sí mismas su voluntad y preferencias o fuese menor de edad podrá aportar bienes o derechos al patrimonio protegido. Estas aportaciones deberán realizarse siempre a título gratuito y no podrán someterse a término.

En caso de que los padres o personas que ejercen la función de apoyo negasen injustificadamente su consentimiento, la persona que hubiera ofrecido la aportación podrá acudir al fiscal, quien instará del juez lo que proceda atendiendo al interés de la persona con discapacidad.

1. Al hacer la aportación de un bien o derecho al patrimonio protegido, los aportantes podrán establecer el destino que deba darse a tales bienes o derechos o, en su caso, a su equivalente, una vez extinguido el patrimonio protegido conforme al [artículo 6](#), siempre que hubieran quedado bienes y derechos suficientes y sin más limitaciones que las establecidas en [el Código Civil](#) o en las normas de derecho civil, foral o especial, que, en su caso, fueran aplicables”.

.- NORMA: *Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Art. 5*

Contenido

.- Art. 5.

“Administración.

1. Cuando el constituyente del patrimonio protegido sea el propio beneficiario del mismo, su administración, cualquiera que sea la procedencia de los bienes y derechos que lo integren, se sujetará a las reglas establecidas en el documento público de constitución.

2. En los demás casos, las reglas de administración, establecidas en el documento público de constitución, deberán prever la obligatoriedad de autorización judicial en

los mismos supuestos que el tutor la requiere respecto de los bienes del tutelado, conforme a los [artículos 271 y 272 del Código Civil](#) o, en su caso, conforme a lo dispuesto en las normas de derecho civil, foral o especial, que fueran aplicables.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior la autorización no es necesaria cuando el beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente.

En ningún caso será necesaria la subasta pública para la enajenación de los bienes o derechos que integran el patrimonio protegido no siendo de aplicación lo establecido al efecto en el título XI del libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881.

3.No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, los constituyentes o el administrador, podrán instar al Ministerio Fiscal que solicite del juez competente la excepción de la autorización judicial en determinados supuestos, en atención a la composición del patrimonio, las circunstancias personales de su beneficiario, las necesidades derivadas de su minusvalía, la solvencia del administrador o cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza.

4. Todos los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido, así como sus frutos, rendimientos o productos, deberán destinarse a la satisfacción de las necesidades vitales de su beneficiario, o al mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido.

5. En ningún caso podrán ser administradores las personas o entidades que no puedan ser tutores, conforme a lo establecido en el [Código Civil](#) o en las normas de derecho civil, foral o especial, que, en su caso, fueran aplicables.

6. Cuando no se pudiera designar administrador conforme a las reglas establecidas en el documento público o resolución judicial de constitución, el juez competente proveerá lo que corresponda, a solicitud del Ministerio Fiscal.

7. El administrador del patrimonio protegido, cuando no sea el propio beneficiario del mismo, tendrá la condición de representante legal de éste para todos los actos de administración de los bienes y derechos integrantes del patrimonio protegido, y no requerirá el concurso de los padres o tutor para su validez y eficacia”.

Comentario/Propuesta

Supresión del sistema de sustitución de la voluntad e implantar el de apoyo. Merece especial atención la necesidad de sustituir las expresiones del punto 2: “capacidad de obrar suficiente”, pues, conforme a la Convención, todas las personas con discapacidad tienen reconocida la capacidad de obrar en igualdad de condiciones, por lo que las excepciones deben de estar explícitamente señaladas en la correspondiente sentencia judicial correspondiente; y la del punto 3 “las necesidades derivadas de su minusvalía”, es un término peyorativo y que simplemente se puede eliminar pues no debe de añadir nada a lo que se dice inmediatamente antes “las circunstancias personales de su beneficiario”.

Texto de la norma

“Administración.

1. Cuando el constituyente del patrimonio protegido sea el propio beneficiario del mismo, su administración, cualquiera que sea la procedencia de los bienes y derechos que lo integren, se sujetará a las reglas establecidas en el documento público de constitución.

2. En los demás casos, las reglas de administración, establecidas en el documento público de constitución, deberán prever la obligatoriedad de autorización judicial en los mismos casos en los que se exige en el Código civil.

En ningún caso será necesaria la subasta pública para la enajenación de los bienes o derechos que integran el patrimonio protegido no siendo de aplicación lo establecido al efecto en el título XI del libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, los constituyentes o el administrador, podrán instar al Ministerio Fiscal que solicite del juez competente la excepción de la autorización judicial en determinados supuestos, en atención a la composición del patrimonio, a las circunstancias personales de su beneficiario, las necesidades derivadas de su discapacidad, la solvencia del administrador o cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza.

4. Todos los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido, así como sus frutos, rendimientos o productos, deberán destinarse a la satisfacción de las necesidades vitales de su beneficiario, o al mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido.

5. En ningún caso podrán ser administradores las personas o entidades que no puedan ser personas de apoyo conforme a lo establecido en el [Código Civil](#) o en las normas de derecho civil, foral o especial, que, en su caso, fueran aplicables.

6. Cuando no se pudiera designar administrador conforme a las reglas establecidas en el documento público o resolución judicial de constitución, el juez competente proveerá lo que corresponda, a solicitud del Ministerio Fiscal.

7. El administrador del patrimonio protegido, cuando no sea el propio beneficiario del mismo, tendrá la condición de representante legal de éste para todos los actos de administración de los bienes y derechos integrantes del patrimonio protegido, y no requerirá el concurso de los padres o tutor para su validez y eficacia”

.- NORMA: Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Art. 6

Contenido:

.- Artículo 6. Extinción.

1. El patrimonio protegido se extingue por la muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario o por dejar éste de tener la condición de persona con discapacidad de acuerdo con el [artículo 2.2 de esta Ley](#).

2. Si el patrimonio protegido se hubiera extinguido por muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario, se entenderá comprendido en su herencia.

Comentario

En interpretación sistemática de la Convención, el artículo 2 desconoce el concepto amplio de discapacidad que se reconstruye a partir del literal e, del preámbulo y de la parte final del artículo 1 del instrumento internacional, al establecer el sistema de grados (de la deficiencia) como el único criterio de evaluación para acceder a los beneficios del patrimonio protegido. Por otro lado, utiliza la expresión “minusvalía”, que es un término de connotación negativa y peyorativa para referirse a esos sujetos susceptibles de vulneración.

Propuesta

Eliminar la expresión “minusvalía”. Este término deberá de sustituirse por el concepto amplia de persona con discapacidad, como lo indica el “el modelo social”, que subyace en la Convención.

Texto de la norma

1. El patrimonio protegido se extingue por la muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario o por dejar éste de cumplir las condiciones establecidas en el artículo 2.2 de esta Ley.

2. Si el patrimonio protegido se hubiera extinguido por muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario, se entenderá comprendido en su herencia.

.- NORMA: Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Art. 7

Contenido

.- Art. 7:

“Supervisión.

1.- La supervisión de la administración del patrimonio protegido corresponde al Ministerio Fiscal, quien instará del juez lo que proceda en beneficio de la persona con discapacidad, incluso la sustitución del administrador, el cambio de las reglas de administración, el establecimiento de medidas especiales de fiscalización, la adopción de cautelas, la extinción del patrimonio protegido o cualquier otra medida de análoga naturaleza.

El Ministerio Fiscal actuará de oficio o a solicitud de cualquier persona, y será oído en todas las actuaciones judiciales relativas al patrimonio protegido.

2. Cuando no sea la propia persona con discapacidad beneficiaria del patrimonio o sus padres, el administrador del patrimonio protegido deberá rendir cuentas de su gestión al Ministerio Fiscal cuando lo determine éste y, en todo caso, anualmente, mediante la remisión de una relación de su gestión y un inventario de los bienes y derechos que lo formen, todo ello justificado documentalmente.

El Ministerio Fiscal podrá requerir documentación adicional y solicitar cuantas aclaraciones estime pertinentes.

3. Como órgano externo de apoyo, auxilio y asesoramiento del Ministerio Fiscal en el ejercicio de las funciones previstas en este artículo, se crea la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, adscrita al Ministerio de Educación, Política Social y Deporte, y en la que participarán, en todo caso, el Ministerio Fiscal y representantes de la asociación de utilidad pública más representativa en el ámbito estatal de los diferentes tipos de discapacidad.

La composición, funcionamiento y funciones de esta Comisión se determinarán reglamentariamente”.

Comentario/Propuesta

La persona con discapacidad debería poder participar en las decisiones a las que hacer referencia el art. 7.1.

Texto de la norma

.- Art. 7:

“Supervisión.

1.- La supervisión de la administración del patrimonio protegido corresponde al Ministerio Fiscal, quien instará del juez lo que proceda en beneficio de la persona con discapacidad oída ésta, incluso la sustitución del administrador, el cambio de las reglas de administración, el establecimiento de medidas especiales de fiscalización, la adopción de cautelas, la extinción del patrimonio protegido o cualquier otra medida de análoga naturaleza.

El Ministerio Fiscal actuará de oficio o a solicitud de cualquier persona, y será oído en todas las actuaciones judiciales relativas al patrimonio protegido.

2. Cuando no sea la propia persona con discapacidad beneficiaria del patrimonio o sus padres, el administrador del patrimonio protegido deberá rendir cuentas de su gestión al Ministerio Fiscal cuando lo determine éste y, en todo caso, anualmente, mediante la remisión de una relación de su gestión y un inventario de los bienes y derechos que lo formen, todo ello justificado documentalmente.

El Ministerio Fiscal podrá requerir documentación adicional y solicitar cuantas aclaraciones estime pertinentes.

3. Como órgano externo de apoyo, auxilio y asesoramiento del Ministerio Fiscal en el ejercicio de las funciones previstas en este artículo, se crea la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, adscrita al Ministerio de Educación, Política Social y Deporte, y en la que participarán, en todo caso, el Ministerio Fiscal y representantes de la asociación de utilidad pública más representativa en el ámbito estatal de los diferentes tipos de discapacidad.

La composición, funcionamiento y funciones de esta Comisión se determinarán reglamentariamente”.

4.5. Voluntad anticipada

.- NORMA Código civil 223

Contenido

Los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados.

Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.

Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado.

En los procedimientos de incapacitación, el juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del registro de actos de última voluntad, a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo.

Comentario

La propuesta de modificación de este precepto ha sido ya mencionada en ámbitos anteriores. Por un lado, se trata de eliminar toda referencia a la incapacitación y de trasladar la regulación de la autotutela a la que se refiere el segundo apartado al nuevo Título relativo a las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. En todo caso, resulta necesaria también su modificación para eliminar la exigencia de capacidad de obrar, la referencia a la incapacitación y al nombramiento de tutor. El resto de su contenido, relativo a los menores no precisaría ser modificado.

Texto

Art. 214. 1. “Cualquier persona que considere que puede tener dificultades en el futuro en la toma de sus decisiones o que las que ya tiene pueden agravarse, podrá organizar para sí un régimen de convivencia con terceros así como establecer un régimen voluntario de autoprotección jurídica, incluyendo medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, con las previsiones y requisitos que considere adecuados a cada caso y circunstancia”.

Art. 223. “Los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores.

Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado.

.- NORMA: LEY 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Artículo 11.

Contenido

“Instrucciones previas:

1. Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.

2. Cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito.

3. No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la *lex artis*, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones.

4. Las instrucciones previas podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito.

5. Con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro nacional de instrucciones previas que se regirá por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.”

Comentario

En términos generales, un documento de instrucciones previas o “testamento vital” es una ratificación a la autonomía de la voluntad de las personas, como diseñadores de los cursos de su vida o de la muerte como su prolongación. No obstante, contrario a los términos de la Convención, la ley exige que la declaración de la voluntad y su posterior retractación, sea realizada por mayores de edad, que sean plenamente capaces y en lenguaje escrito. Estas circunstancias previstas en los numerales 2 y 4 del artículo 11, son incompatibles con los términos de la Convención. En primer lugar, el requisito de la capacidad estaría condicionado a la sentencia judicial que la modifique. Este sistema, además de ser concebido bajo el modelo médico-rehabilitador que trata la discapacidad, también prevé la posibilidad de sustitución de las decisiones de las personas desconociendo la plena capacidad de las personas con diversidad funcional. En segundo lugar, no prevé mecanismos de apoyo en las decisiones de acuerdo con los parámetros exigidos en el artículo 12 de la Convención.

Propuesta

La modificación de la norma que comprenderá:

- .- El reconocimiento expreso de la plena capacidad de las personas con diversidad funcional.
- .- Se hace necesario implementar ajustes en la comunicación de las personas y de esta manera garantizar este derecho a todas las personas de conformidad a lo establecido en el artículo 21 de la Convención

Texto de la norma

“Instrucciones previas:

- 1. Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad manifiesta anticipadamente su voluntad, con el objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en las que no le sea posible expresar dicha voluntad personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.*
- 1.bis. Para otorgar el documento de instrucciones previas, las personas contarán con los apoyos necesarios. El documento de instrucciones previas otorgado por una persona que cuente con un plan personalizado de apoyo a la capacidad, de conformidad con dicho plan, será válido*
- 2. Cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre en la historia clínica ya sea por escrito o por cualquier otro medio que permita manifestar la voluntad inequívoca de la persona.*
- 3. No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la lex artis, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que*

el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones.

4. Las instrucciones previas podrán revocarse libremente, por cualquier medio que sea comprensible y que refleje la voluntad inequívoca del otorgante. La persona que precise de apoyos obligatorios podrá otorgar el documento siempre que cuente con la asistencia debida.

5. Con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro nacional de instrucciones previas que se regirá por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.”

.- NORMA: Ley 5 de 2003, de Declaración de Voluntad Vital Anticipada, de la Junta de Andalucía. Artículos 2 y 4.

Contenido

Art.2. “Concepto de declaración de voluntad vital y anticipada:

A los efectos de esta ley, se entiende por declaración de voluntad anticipada la declaración escrita hecha por ser incorporada al registro que esta ley crea, por una persona capaz que, consciente y libremente, expresa las opciones e instrucciones que deben respetarse en la asistencia sanitaria que reciba en el caso de que concurran circunstancias clínicas en las cuales no pueda expresar personalmente su voluntad”.

Art. 4. “Capacidad para otorgar la declaración:

1.-La declaración de voluntad vital anticipada, podrá ser emitida por un mayor de edad o por un menor emancipado.

2.- los incapacitados judicialmente podrán emitir declaración de voluntad vital anticipada. Salvo que otra cosa determine la resolución judicial de incapacitación. No obstante, si el personal facultativo responsable de su asistencia sanitaria cuestionara su capacidad para otorgarla, pondrá los hechos en conocimiento del ministerio fiscal para que, en su caso, inste ante la autoridad un nuevo proceso, que tenga por objeto modificar el alcance de la incapacitación ya establecida”.

Comentario

Los numerales 1 y 2 del artículo 4 de la ley en mención, supeditan la libre autodeterminación de las personas con discapacidad a la prohibición o no de la sentencia para celebrar el documento de la voluntad anticipada. Esta subordinación a las disposiciones del Derecho civil que regulan la incapacitación judicial, discriminan a las personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos.

El precepto no exige parámetros necesarios para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad para elaborar el documento de voluntades anticipadas, ni alude al uso de medidas de apoyo.

Propuesta

Implementar medidas de apoyo. Modificar la forma (escrita) de expresar la voluntad.

Texto de la norma

Art.2. “Concepto de declaración de voluntad vital y anticipada:

A los efectos de esta ley, se entiende por declaración de voluntad anticipada la declaración hecha por cualquier medio archivable y documentable para ser incorporada al registro que esta ley crea, por una persona que expresa las opciones e instrucciones que deben respetarse en la asistencia sanitaria que reciba en el caso de que concurran circunstancias clínicas en las cuales no pueda expresar personalmente su voluntad”.

Art. 4. “Capacidad para otorgar la declaración:

1.-La declaración de voluntad vital anticipada, podrá ser emitida por un mayor de edad o por un menor emancipado.

2.- Para otorgar el documento de instrucciones previas, las personas contarán con los apoyos necesarios. El documento de instrucciones previas otorgado por una persona que cuente con un plan personalizado de apoyo a la capacidad, de conformidad con dicho plan, será válido. El personal facultativo responsable de su asistencia sanitaria velará por el adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo de las medidas de apoyo de acuerdo con lo señalado en el art. xxx y ss. del Código civil.

3.2.6. Capacidad para ejercer actos jurídicos patrimoniales

.- NORMA: Código Civil: Art. 443.

Contenido

“Los menores y los incapacitados pueden adquirir la posesión de las cosas; pero necesitan de la asistencia de sus representantes legítimos para usar de los derechos que de la posesión nazcan a su favor”.

Comentario

El artículo 12 de la CDPD, reconoce la personalidad jurídica de las personas con discapacidad e insta al reconocimiento de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones. En ese sentido, prevé que se otorguen a las personas con discapacidad los apoyos necesarios para acceder a este ejercicio, al tiempo que busca el establecimiento de salvaguardias adecuadas.

El artículo objeto de análisis asume el modelo de sustitución, por lo que resulta contrario a la Convención.

Propuesta

Nueva redacción incluyendo la referencia a los apoyos.

Texto de la norma

Art. 443:

“Los menores pueden adquirir la posesión de las cosas, pero necesitan de la asistencia de sus representantes legítimos para usar de los derechos que de la posesión nazcan a su favor. Las personas que lo precisen tendrán derecho al establecimiento de las medidas de apoyo que resulten necesarias para el uso de los derechos que de la posesión nazcan a su favor”.

.- NORMA: Código civil. Art. 625:

Contenido

“Podrán aceptar donaciones todos los que no estén especialmente incapacitados por la ley para ello”.

Comentario

Existe un posible enfrentamiento con la Convención siempre y cuando la referencia a la incapacidad tenga que ver con la discapacidad. Por eso, es necesario aclarar el precepto.

Propuesta

Modificación del precepto.

Texto de la norma

“Toda persona, por sí sola, podrá aceptar donaciones siempre y cuando la ley no lo prohíba”.

.- NORMA: Código Civil. Art. 626

Contenido

“Las personas que no pueden contratar no podrán aceptar donaciones condicionales u onerosas sin la intervención de sus legítimos representantes”.

Comentario

La Convención enfatiza la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso y la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones. Esto implica la posibilidad de realizar actos personales y patrimoniales a través, cuando sea preciso, de un sistema de apoyos.

Propuesta

No es necesario reformar o derogar la norma siempre y cuando queden modificadas las normas relativas a la capacidad y se establezca un sistema de apoyos.

.- NORMA: Código Civil. Art. 996

Contenido

“Si la sentencia de incapacitación por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas no dispusiere otra cosa, el sometido a curatela podrá, asistido del curador, aceptar la herencia pura y simplemente o a beneficio de inventario”

Comentario/Propuesta

La regulación contenida hace referencia a la incapacitación por lo que debe ser modificada. Además, se su contenido se desprende que si el incapaz está sometido a tutela será el tutor quien pueda aceptar la herencia que, en el caso de que la acepte sin beneficio de inventario, necesitará como señala el art. 271 del Código civil autorización judicial. Pues bien, de acuerdo con regulación general de la capacidad jurídica propuesta, para la aceptación de la herencia las personas que lo precisen contarán con medidas de apoyo.

Texto

Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de las medidas de apoyo que resulten necesarias para aceptar la herencia, con o sin beneficio de inventario. El consentimiento otorgado por una persona que cuenta con un plan personalizado de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica de conformidad con las previsiones contenidas en dicho plan deberá considerarse plenamente válido. En todo caso, las autoridades o funcionarios públicos que puedan intervenir en el acto de aceptación deberán controlar el efectivo y adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo de acuerdo con lo señalado en los arts. 215 y ss. de este Código”.

.- NORMA: Código Civil: Art. 1160.

Contenido

“En las obligaciones de dar no será válido el pago hecho por quien no tenga la libre disposición de la cosa debida y capacidad para enajenarla. Sin embargo, si el pago hubiere consistido en una cantidad de dinero o cosa fungible, no habrá repetición contra el acreedor que la hubiese gastado o consumido de buena fe”.

Comentario

El artículo habla de la capacidad para enajenar como requisito de validez para el pago. Si se establecen y reconocen mecanismos de apoyos para enajenar bienes, este artículo no precisa ser modificado.

Propuesta

Entendemos que el artículo se refiere al marco de las obligaciones y que en este marco las personas con discapacidad deben contar con mecanismos de apoyos la redacción del artículo no necesitaría ser modificada.

.- NORMA: Código Civil: Art. 1263.

Contenido

- “No pueden prestar consentimiento:*
- 2. Los menores no emancipados.*
 - 2. Los incapacitados”*

Comentario

Este artículo recogido en las propuestas de reforma del ámbito “Régimen general de personalidad y capacidad jurídica” ostenta una importancia esencial en cuanto de él depende que la capacidad para prestar consentimiento en la realización, entre otros, de actos jurídicos patrimoniales.

Propuesta

Es necesario suprimir el segundo supuesto de este artículo y en concordancia con ello, mencionar (en el apartado que resulte pertinente) que las personas que lo precisen contarán con el apoyo necesario para expresar su consentimiento en igualdad de condiciones con las demás.

Texto de la norma

“No pueden prestar consentimiento:

3. *Los menores no emancipados.*

4. *Las personas que se encuentran en una situación que les impide conformar o expresar su voluntad por cualquier medio.*

Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de las medidas de apoyo que resulten necesarias para expresar su consentimiento en todos los ámbitos. El consentimiento otorgado por una persona que cuenta con un plan personalizado de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica de conformidad con las previsiones contenidas en dicho plan deberá considerarse plenamente válido. En todo caso, las autoridades o funcionarios públicos que puedan intervenir en los diferentes contratos deberán controlar el efectivo y adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo de acuerdo con lo señalado en los arts. xxx y ss. de este Código”.

.- NORMA: Código Civil: Art. 1264.

Contenido

“La incapacidad declarada en el artículo anterior está sujeta a las modificaciones que la ley determina, y se entiende sin perjuicio de las incapacidades especiales que la misma establece”.

Comentario

El uso del término de incapacidad es contrario a la Convención. Además esta figura representa el modelo de sustitución, que deberá ser reemplazado por el modelo de apoyo de acuerdo con lo establecido en la Convención en su Art.12.

Propuesta

Derogación del precepto.

3.2.7 Capacidad para realizar actos jurídicos personalísimos

En esta área adquieren relevancia las propuestas de reforma incluidas en el ámbito “Derechos del paciente”, relativas a la prestación de consentimiento en relación con tratamientos e intervenciones médicas, ensayos clínicos, etc.

.- NORMA. Código civil. Arts. 662, 663 y 664

Contenido

.- Art. 662:

“Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente”.

.- Art. 663:

“Están incapacitados para testar:

1. Los menores de catorce años de uno y otro sexo.

2. El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio”.

.- Art. 664:

“El testamento hecho antes de la enajenación mental es válido”.

Comentario

Aunque la referencia a la persona que “habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio” puede abarcar otras situaciones, como por ejemplo aquélla en la que la persona se encuentra bajo los efectos del alcohol, de hecho se aplica de manera desproporcionada a las personas con discapacidad por lo que resulta discriminatoria. Además, un análisis de este precepto constata : (i) que no se cuenta con parámetros mínimos que indiquen cuál es el procedimiento pertinente para evaluar esa capacidad natural; (ii) que se basa en el paradigma médico-rehabilitador al formular los supuestos en los que no se tiene capacidad para testar sin tener en cuenta la directa relación entre el acto jurídico y las posibles circunstancias que impidan que el titular ejerza su derecho con autonomía libre, consciente y voluntaria; (iii) que no se establecen medidas de apoyo para promover el ejercicio de la autonomía.

Respecto al artículo 664 del Código civil, el legislador debe regular las causales que generarían la invalidez del testamento de manera que no comporten una posible discriminación por razón de la discapacidad.

Propuesta

Se propone modificar los artículos 662, 663 y 664 del Código civil, en el marco de un nuevo procedimiento de apoyo a la toma de decisiones, y de acuerdo con los siguientes lineamientos:

- Las causales que impiden el otorgamiento de testamento deberían describirse de un modo lo más neutral posible e inclusivo para las personas con discapacidad (la terminología que actualmente se utiliza necesariamente reconduce a restricciones y limitaciones por motivo de discapacidad). La redacción de las mismas deberá hacerse conforme a necesidades específicas o a situaciones objetivas de carencia que impidan que la persona pueda conformar o expresar su voluntad.

- Debería establecerse un protocolo para la evaluación objetiva y razonable de las situaciones en las que la persona no puede conformar o expresar su voluntad ni siquiera con el establecimiento de los apoyos necesarios. Igualmente debería reconocerse al notario la facultad de remitir la evaluación de esa falta de capacidad para otorgar el testamento (y de las medidas de apoyo que se pusieron a disposición para poder llevar a cabo la actuación), cuando lo considere necesario, a las autoridades competentes a fin de que expidan un peritaje médico y psicosocial, susceptible de impugnación. La evaluación de esa falta de capacidad para testar o de la reconstrucción de la misma, deberá tener una directa relación, entre la circunstancia y el acto realizable o consumado.

- Por último, deberán disponerse las medidas de apoyo que sean necesarias para facilitar a las personas con discapacidad sus actuaciones y diligencias ante la administración pública y ante los órganos judiciales, con el objeto de contrarrestar las posibles circunstancias o barreras que, dependiendo del caso en concreto, impiden el ejercicio de los derechos de las personas con diversidad funcional, en igualdad de condiciones.

Texto de la norma

.- Art. 662. Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente.

.- Art. 663

“No podrán testar:

- 1. Los menores de catorce años de uno y otro sexo.*
- 2. Las personas que se encuentran en una situación que les impide conformar o expresar su voluntad por cualquier medio.*

.- Art. 663 bis: Cuando las personas cuenten con un plan personalizado de apoyo a la capacidad, el testamento se otorgará ante Notario, que velará porque las garantías previstas en el mencionado plan se cumplan.

.- Art. 664: Derogación del precepto

.- NORMA. Código civil. Art. 665.

Contenido

“Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad”.

Comentario

En virtud de este artículo, la persona cuya capacidad de ejercicio está restringida podrá llevar a cabo el acto testamentario siempre y cuando no exista expreso pronunciamiento judicial sobre esta cuestión en la sentencia de incapacitación. Este artículo presupone, por ende, que la incapacitación puede afectar a la capacidad para testar impidiendo a las personas con discapacidad la realización de este acto sin tener en cuenta la situación en la que se encuentran en el momento en el que pretenden otorgar testamento y sin que se establezcan los apoyos necesarios para promover que pueda expresar y conformar su voluntad en esta materia, lo que contrasta frontalmente con el artículo 12 de la Convención.

Propuesta

Se propone la modificación de la norma para introducir la referencia a los apoyos y la obligación del notario de comprobar que la persona al momento de la realización el acto jurídico cuenta con los mecanismos de apoyo necesarios para llevar a cabo el mismo y garantizar su adecuado funcionamiento.

Texto de la norma

“Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de las medidas de apoyo que resulten necesarias para otorgar testamento. El testamento otorgado por una persona que cuenta con un plan personalizado de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica de conformidad con las previsiones contenidas en dicho plan deberá considerarse plenamente válido. En todo caso, el Notario deberá controlar el efectivo y adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo de acuerdo con lo señalado en los arts. XXX y ss. de este Código”.

.- NORMA. Código civil. Art. 694, 696 y 697.

Contenido

.- Art. 694:

“El testamento abierto deberá ser otorgado ante Notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento.

Sólo se exceptuarán de esta regla los casos expresamente determinados en esta misma Sección”.

.- Art. 696:

“El Notario dará fe de conocer al testador o de haberlo identificado debidamente y, en su defecto, efectuará la declaración prevista en el artículo 686. También hará constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento”.

.- Art. 697:

“Al acto de otorgamiento deberán concurrir dos testigos idóneos:

- 1. Cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento.*
- 2. Cuando el testador, aunque pueda firmarlo, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento.*

Si el testador que no supiese o no pudiese leer fuera enteramente sordo, los testigos leerán el testamento en presencia del Notario y deberán declarar que coincide con la voluntad manifestada.
- 3. Cuando el testador o el Notario lo soliciten”.*

Comentario

Los artículos antes reseñados regulan el tema relativo al acto testamentario abierto. Mediante el artículo 696 del Código civil, se faculta al Notario para evaluar la capacidad legal del testador. En el sentido antes señalado, deberían establecerse protocolos para que el notario pueda recibir asistencia en la evaluación de dicha capacidad.

Por su parte, el numeral 2º del artículo 697 señala las situaciones en las cuales deberán concurrir dos testigos “idóneos” al otorgamiento del testamento, en atención a las deficiencias en las funciones sensoriales del testador (visual y auditiva). Al margen de la cuestión del lenguaje, dicho enunciado, a la luz de los postulados convencionales resulta totalmente discriminatorio toda vez que presume la falta de capacidad de este específico colectivo de personas para llevar a cabo el acto testamentario, en igualdad de condiciones.

Propuesta

Dentro del establecimiento de un procedimiento de apoyo a la toma de decisiones, se recomienda:

-Respecto al artículo 696 del CCE establecer un mecanismo de apoyo al Notario para la evaluación de la capacidad del testador. De esta manera, lo que el Notario deberá determinar de manera principal es que la persona cuenta con los medios de apoyo suficientes para conformar y para expresar su voluntad.

-Respecto al artículo 697 del CCE se recomienda su reformulación.

Texto de la norma

Art. 696

“El Notario dará fe de conocer al testador o de haberlo identificado debidamente y, en su defecto, efectuará la declaración prevista en el artículo 686. También hará constar

que, a su juicio, el testador se halla en situación de otorgar testamento, y, en su caso, que los apoyos utilizados para la realización de este acto han sido los adecuados”.

Art. 697.

Durante el acto testamentario, y cuando la situación lo requiera, el Notario o quien haga sus veces pondrá a disposición de los intervinientes los apoyos técnicos, físicos y humanos necesarios para hacer totalmente comprensible el acto que se está realizando. Cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento se establecerán mecanismos comprensibles, archivables y documentables para autenticar su identidad. Al acto de otorgamiento deberán concurrir dos testigos idóneos cuando el testador o el Notario lo soliciten”.

.- NORMA. Código civil. Art. 56.

Contenido

“Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente, en expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código.

Si alguno de los contrayentes estuvieren afectados por deficiencias y anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”.

Comentario

El primer inciso de este artículo resulta acorde con las disposiciones convencionales, si se entiende que deberán prestarse las medidas necesarias de apoyo para evitar restricciones al ejercicio de la capacidad. En todo caso, podría suprimirse la referencia a la capacidad. En cuanto al segundo inciso, es necesario modificar la redacción de la norma para adecuarla a los términos convencionales, toda vez que parte de un supuesto que resulta totalmente discriminatorio al presumir, como regla general, que una deficiencia psíquica conlleva ínsita la falta de capacidad para prestar consentimiento. Unido a lo anterior, la norma asume la discapacidad como un problema patológico que impide al sujeto el disfrute de sus libertades, apartándose entonces de las disposiciones de la Convención Internacional, que adopta el modelo social de la discapacidad.

Propuesta

Se propone la supresión del término capacidad dentro del primer párrafo.

Se propone la modificación del segundo párrafo.

Texto de la norma

“Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente, en expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de idoneidad establecidos en este Código.

Si alguno de los contrayentes, por cualquier motivo, se encontrase en una situación que le impidiese conformar y expresar su voluntad por cualquier medio, se exigirá dictamen pericial sobre su aptitud para prestar el consentimiento.

En todo caso, las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y a la prestación de las medidas de apoyo que resulten necesarias para ejercer su derecho a contraer matrimonio. El consentimiento emitido conforme a un plan personalizado de apoyo al ejercicio de la capacidad debe considerarse plenamente válido. El encargado

del Registro Civil controlará el efectivo y adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo de acuerdo con lo establecido en este Código”.

.- NORMA. Código civil. Art. 121

Contenido

“El reconocimiento otorgado por los incapaces o por quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad necesitará para su validez aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal”.

Comentario

Mediante la figura del reconocimiento se establece un vínculo jurídico paterno-materno-filial, en virtud de una declaración de voluntad. En ese sentido, el artículo 121 del Código civil dispone que para que sea válido el reconocimiento otorgado por incapaces se requiere de aprobación judicial, con audiencia del Ministerio Fiscal. Ahora bien, en tanto se trata de un acto jurídico personalísimo, se supone que al momento de llevarse a cabo el mismo la persona deberá contar con aptitud suficiente para entender el alcance de su actuación y esto es comprensible, en la medida que mediante tal reconocimiento se contraen derechos y obligaciones.

En este sentido, de conformidad con la Convención, parece necesario, por un lado, suprimir la referencia a la incapacidad y, por otro, plantear los apoyos y la validez del reconocimiento otorgado en conformidad con un plan personalizado de medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad.

Propuesta

Modificación de la norma: se recomienda suprimir del articulado la expresión “incapaces”; introducir los apoyos y la referencia al plan personalizado de apoyo.

Texto de la norma

“El reconocimiento otorgado por personas que no puedan contraer matrimonio por razón de edad necesitará para su validez aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal”

Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y a la prestación de las medidas de apoyo que resulten necesarias para la realización del reconocimiento. El reconocimiento otorgado por aquellos que cuenten con un plan personalizado de medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad, de conformidad con dicho plan, será plenamente válido. La autoridad, notario, encargado del Registro civil o el juez, que intervenga en el otorgamiento del reconocimiento deberá comprobar el adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 215 y ss. del Código civil. El notario y el encargado del Registro civil deberán comunicar el reconocimiento efectuado con apoyos al Ministerio Fiscal.

.- NORMA. Código Civil. Art. 123

Contenido

El reconocimiento de un hijo mayor de edad no producirá efectos sin su consentimiento expreso o tácito.

Comentario/Propuesta

Es necesario contemplar medidas de apoyo para poder otorgar el consentimiento al reconocimiento.

Texto de la norma

El reconocimiento de un hijo mayor de edad no producirá efectos sin su consentimiento expreso o tácito. Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y a la prestación de las medidas de apoyo para otorgar dicho consentimiento. El consentimiento emitido por aquellos que cuenten con un plan personalizado de medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad, de conformidad con dicho plan, será plenamente válido. La autoridad que intervenga en este reconocimiento deberá velar por el adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo de conformidad con los arts. 215 y ss. del Código civil.

.- NORMA. Código Civil. Art. 124

Contenido

“La eficacia del reconocimiento del menor o incapaz requerirá el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido.

No será necesario el consentimiento o la aprobación si el reconocimiento se hubiere efectuado en testamento o dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento. La inscripción de paternidad así practicada podrá suspenderse a simple petición de la madre durante el año siguiente al nacimiento. Si el padre solicitara la confirmación de la inscripción, será necesaria la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal”.

Comentario

En concordancia con las justificaciones anteriores, este artículo implica un supuesto de discriminación por motivo de discapacidad.

Propuesta

Modificación de la norma: se recomienda suprimir del articulado la expresión “incapaz”; introducir los apoyos y la referencia al plan personalizado de apoyo.

Texto de la norma

“La eficacia del reconocimiento del menor requerirá el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido.

La eficacia del reconocimiento de una persona mayor de edad que no puede conformar o expresar su voluntad por cualquier medio requerirá el consentimiento expreso de la persona que desempeñe apoyos obligatorios. El Ministerio Fiscal deberá intervenir en estos casos para controlar el efectivo y adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo de acuerdo con lo señalado en este Código,

No será necesario el consentimiento o la aprobación si el reconocimiento se hubiere efectuado en testamento o dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento. La inscripción de paternidad así practicada podrá suspenderse a simple petición de la madre durante el año siguiente al nacimiento. Si el padre solicitara la confirmación de la inscripción, será necesaria la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal”.

.- NORMA. Código civil. Art. 176

Contenido

“1. La adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad.

2. Para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha entidad pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad. La declaración de idoneidad podrá ser previa a la propuesta”.

Comentario

La adopción es una institución jurídica a partir de la cual se crea una relación civil de parentesco entre dos personas: el adoptante y el adoptado. En virtud del artículo 176 del Código civil, para llevar a cabo los trámites de adopción es necesaria la declaración de idoneidad, a través de la cual se efectúa un análisis psico-social acerca del perfil y hábitos de vida de los futuros adoptantes, a fin de proteger los derechos y el bienestar de los menores. De ese modo, el Código civil establece que la adopción se constituye por resolución judicial, que determina la filiación civil, teniendo en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad.

En ese sentido, dicho requisito resulta totalmente congruente con las normas nacionales e internacionales sobre esta materia, que han sido expedidas en interés y protección del menor. Por otra parte, no se advierte en la redacción de la norma diferenciaciones que puedan ser arbitrarias en lo que tiene que ver con las limitaciones para adoptar, con lo cual dicho precepto normativo resulta totalmente acorde con los postulados convencionales. Desafortunadamente, el precepto no establece cuáles son los requisitos mínimos para ser adoptante, siendo la expresión “idoneidad” un concepto jurídico indeterminado, por lo que faculta a las autoridades correspondientes la creación de normas que llenen dicho vacío. De hecho, esa indeterminación trae como consecuencia en la práctica la discriminación de las personas con discapacidad a las que se considera no idóneas por el mero hecho de tener una discapacidad. Por otro lado, la que la norma no prevé medidas de apoyo que promuevan la capacidad para adoptar y para ejercer los derechos y deberes que se derivan del parentesco.

Propuesta

Se recomienda la modificación de la norma introduciendo un párrafo que prohíba la discriminación por razón de la discapacidad para constituir el vínculo civil y la consecuente admisión de medidas de apoyo para realizar los actos correspondientes al proceso de adopción y el posterior ejercicio de la patria potestad.

Texto de la norma

“1. La adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad.

Ibis. Las personas con discapacidad que cumplan con el requisito de la idoneidad, tendrán los mismos derechos que los demás para acceder a la adopción. Si fuera necesario se proveerán los mecanismos de apoyo que se precisen para cumplir con el procedimiento exigido.

2. Para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha entidad pública haya declarado

aptos para el ejercicio de la patria potestad. La declaración de idoneidad podrá ser previa a la propuesta y no podrá ser denegada por motivos discriminatorios”.

.- NORMA. Ley Orgánica 1/2002 reguladora del derecho de asociación. Art. 3.a)

Contenido

Podrán constituir asociaciones, y formar parte de las mismas, las personas físicas y las personas jurídicas, sean éstas públicas o privadas, con arreglo a los siguientes principios:

- a. Las personas físicas necesitan tener la capacidad de obrar y no estar sujetas a ninguna condición legal para el ejercicio del derecho.*

Comentario

El mencionado artículo 3.a) establece una limitación al ejercicio del derecho de constituir asociaciones y de formar parte de ella. Es una disposición que a primera vista parecer ser discriminatoria toda vez que establece una restricción injustificada al ejercicio de participar en la vida pública -derecho fundamental reconocido no solo en la Convención Internacional (Art. 29), sino también en la propia Constitución española (Art. 22). No obstante, su interpretación debe hacerse conforme con lo que se ha venido señalando a propósito del sentido que debe asignársele a las normas generales sobre modificaciones al ejercicio de la capacidad (o proceso de incapacitación), con lo cual le serán aplicables las mismas consideraciones que sobre esto último se ha ido planteando, a propósito de la necesidad de establecerse mecanismos de apoyo que impidan una restricción injustificada al ejercicio de los derechos.

Propuesta

La norma sólo se considerará ajustada a la Convención siempre y cuando se entienda que previamente se han dispuesto de los mecanismos de apoyo suficientes para hacer viable el disfrute del derecho de asociación.

Texto de la norma

Podrán constituir asociaciones, y formar parte de las mismas, las personas físicas y las personas jurídicas, sean éstas públicas o privadas, con arreglo a los siguientes principios:

- b. Las personas físicas no tienen que estar sujetas a ninguna condición legal para el ejercicio del derecho. Las personas físicas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de las medidas de apoyo que resulten necesarias para el ejercicio del derecho de asociación. Las personas físicas que cuenten con un plan personalizado de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica pueden constituir asociaciones y formar parte de las mismas de conformidad con lo establecido en dicho plan.*

.- NORMA. Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. Arts. 2,2 y 3.

Contenido

.- Art. 2.2:

“No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso”

.- Art. 3.

“1. El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.

2. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez”.

Comentario

El legislador apuesta por una medida de sustitución mediante representación legal en los supuestos de prestación de consentimiento expreso cuando el titular de tales derechos es una persona “incapacitada”.

El presente artículo restringe el ejercicio de este derecho a través de la representación. Esto es contrario a los artículos 2, 5 y 12 de la Convención.

En dichos supuestos sería conveniente tener también en cuenta la decisión del titular adoptando medidas de salvaguardas de apoyo adecuadas a la protección de su beneficio e interés para proteger su esfera íntima y personalísima.

Propuesta

Modificar la norma dando entrada al procedimiento de apoyos.

Modificar la forma de otorgar el consentimiento. La expresión “por escrito” reduciría a una parte del colectivo de las personas con discapacidad. Por tanto para incluirlas a todas habrá que decir “que el consentimiento se podrá otorgar a través de cualquier medio de comunicación comprensible por el cual se exprese inequívocamente la voluntad”, de conformidad con el art.21.

Texto de la norma

Art. 2.2:

“No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso por cualquier medio.”

Art. 3.

“1. El consentimiento de los menores deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.

2. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito o por un medio comprensible, archivable y documentable por su representante legal quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez”.

3. Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y a la prestación de los apoyos que se consideren necesarios para expresar su consentimiento. El consentimiento otorgado por personas que cuentan con un plan personalizado de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica de conformidad con las previsiones contenidas en dicho plan debe considerarse plenamente válido. Este consentimiento deberá ser puesto en conocimiento del Ministerio Fiscal quien deberá comprobar el efectivo y adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo de acuerdo con lo previsto en el art. 215 del Código civil.

.- NORMA. Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. Art.

Contenido

“1. Carecen de derecho de sufragio:

- a. Los condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento.*
- b. Los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.*
- c. Los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que dure su internamiento siempre que en la autorización el juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.*

2. A los efectos previstos en este artículo, los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento deberán pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio.

En el supuesto de que esta sea apreciada, lo comunicarán al Registro Civil para que se proceda a la anotación correspondiente”.

Comentario

Hay una cuestión relativa a los términos. El término “incapacitado” no es conforme al modelo social de la discapacidad ni al modelo de la diversidad que promueve la Convención.

La limitación del derecho de sufragio a una persona con discapacidad no cabe de manera general y deberá, en ciertos casos arbitrarse un sistema de apoyos. Sólo en casos excepcionales podrá privarse a la persona de este derecho si bien debe extremarse la carga argumentativa del juez. En sus Observaciones Finales sobre el Informe presentado por el gobierno español en cumplimiento del art. 35 de la Convención, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha mostrado su preocupación porque “se pueda restringir el derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial si la persona interesada ha sido privada de su capacidad jurídica o ha sido internada en una institución. Le inquieta además que la privación de ese derecho parezca ser la regla y no la excepción. El Comité lamenta la falta de información sobre el rigor de las normas en materia de prueba, sobre los motivos requeridos y sobre los criterios aplicados por los jueces para privar a las personas de su derecho de voto. El Comité observa con preocupación el número de personas con discapacidad a las que se ha denegado el derecho de voto”. En este sentido, el “Comité recomienda que se revise toda la legislación pertinente para que todas las personas con discapacidad, independientemente de su deficiencia, de su condición jurídica o de su lugar de residencia, tengan derecho a votar y a participar en la vida pública en pie de igualdad con los demás. El Comité pide al Estado parte que modifique el artículo 3 de la Ley orgánica N° 5/1985, que autoriza a los jueces a denegar el derecho de voto en virtud de decisiones adoptadas en cada caso particular. La modificación debe hacer que todas las personas con discapacidad tengan derecho a votar. Además, se recomienda que todas las personas con discapacidad que sean elegidas para desempeñar un cargo público dispongan de toda la asistencia necesaria, incluso asistentes personales”

Propuesta

Suprimir el término “incapacitado”.

Adaptar el precepto al sistema de apoyos.

Afianzar lo relativo al plus de motivación que debe exigirse al juez en estos casos.

Texto de la norma

“1. Carecen de derecho de sufragio:

- a. Los condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento.*
- b. Los ingresados en un centro de salud mental con autorización judicial, durante el período que dure su internamiento siempre que en la autorización el juez declare expresamente la privación del ejercicio del derecho de sufragio. Solamente podrá declararse esta privación cuando la persona no pueda conformar o expresar por ningún medio su voluntad. Esta declaración deberá ser motivada atendiendo a la situación particular de la persona.*
- 3. Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de los apoyos necesarios para el ejercicio del derecho de sufragio. El establecimiento de un plan personalizado de apoyos a través del procedimiento regulado en los arts. 757 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil no supondrá la privación del derecho de sufragio.*
- 4. Únicamente en aquellos casos en los que la persona se encuentre en una situación en la que no pueda conformar o expresar por ningún medio su voluntad y preferencias el juez podrá privar a la persona del ejercicio de derecho de sufragio. En todo caso, tal privación deberá ser motivada atendiendo a la situación particular de la persona. En el supuesto de que esta sea apreciada, lo comunicarán al Registro Civil para que se proceda a la anotación correspondiente”.*

3.2.8 Régimen de responsabilidad civil

.- NORMA: Código Civil: Art. 1263.

Contenido

“No pueden prestar consentimiento:

- 5. Los menores no emancipados.*
- 2. Los incapacitados”*

Comentario/ Propuesta

Este artículo ostenta en este ámbito, de nuevo, una importancia central. En virtud de la regulación actual las personas incapacitadas en tanto no pueden expresar su consentimiento, no pueden celebrar contratos y, por tanto, no son responsables en este ámbito. Cuando el contrato lo realice en su nombre el representante legal será éste el responsable. Sin embargo con la propuesta de reforma planteada que supone la supresión de la incapacitación y la referencia a los apoyos cambia el régimen de responsabilidad contractual. Los contratos celebrados con los apoyos precisos o de acuerdo con un plan personalizado son válidos y la persona será, por tanto, responsable si estas medidas han funcionado correctamente. Si la persona no ha contado con esos apoyos el contrato puede ser considerado anulable o nulo.

Texto de la norma

“No pueden prestar consentimiento:

- 5. Los menores no emancipados.*
- 6. Las personas que se encuentran en una situación que les impide conformar o expresar su voluntad por cualquier medio.*

Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de las medidas de apoyo que resulten necesarias para expresar su consentimiento en todos los ámbitos. El consentimiento otorgado por una persona que cuenta con un plan

personalizado de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica de conformidad con las previsiones contenidas en dicho plan deberá considerarse plenamente válido. En todo caso, las autoridades o funcionarios públicos que puedan intervenir en los diferentes contratos deberán controlar el efectivo y adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo de acuerdo con lo señalado en los arts. xxx y ss. de este Código”.

.- NORMA: Código Civil: Art. 1.903:

Contenido

“La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.

Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.

Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.

Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento y empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones.

Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias.

La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”.

Comentario

Este artículo configura una responsabilidad por actos de terceros muy general, pues hacer responder al tutor en todos los supuestos de daños causados por las personas incapacitadas podría ser interpretado como un paternalismo injustificado que las equipara a los menores de edad. La imputación de la responsabilidad del daño causado debería basarse en la evaluación de la situación en la que se encuentra la persona y en la determinación de si esa situación le convierte, o no, en irresponsable. La promoción de la autonomía de las personas con discapacidad implica no limitar su actuación estableciendo la igualdad en el ejercicio de los derechos y pero, además, exige convertirlas en responsables de sus actos.

Propuesta

La finalidad de proteger a ciertas personas, conlleva un paternalismo injustificado por parte del Ordenamiento jurídico. Habría que modificar este artículo eliminado la referencia a los incapacitados del ámbito de responsabilidad extracontractual del tutor en consonancia con el nuevo modelo propuesto. En relación con las personas que cuentan con un plan personalizado de apoyo, sólo se debe establecer la responsabilidad extracontractual objetiva y directa de las personas que desempeñan apoyos obligatorios.

Texto de la norma

“La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.

Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.

Los tutores lo son de los perjuicios causados por los (las) menores que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.

La persona que ejerza funciones de apoyo obligatorias al ejercicio de la capacidad, será responsable de los perjuicios que se causen con su intervención al asistido, incluso cuando exista culpa leve.

Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento y empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones.

Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias.

La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”.

3.2.9. Régimen de responsabilidad penal

.- NORMA. Código Penal. Art. 20.

Contenido

“Están exentos de responsabilidad criminal

1. *El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.
El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.*
2. *El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.*
3. *El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.*
4. *El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:*
 1. *Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso*

- de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas.*
2. *Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla.*
 3. *Falta de provocación suficiente por parte del defensor.*
5. *El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:*
1. *Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.*
 2. *Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.*
 3. *Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.*
6. *El que obre impulsado por miedo insuperable.*
7. *El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.*

En los supuestos de los tres primeros números se aplicarán, en su caso, las medidas de seguridad previstas en este Código”.

Comentario

La fórmula que sigue el legislador en todo el precepto, y concretamente en el punto 1º y 3º se plantea desde la visión médica de la capacidad de culpabilidad o de la imputabilidad. Esta se compone de dos términos: uno biológico-psicológico (referidos al estado mental del agente) y otro jurídico (referido a las consecuencias que el estado mental debe haber producido en su capacidad de autoconducción).

La aplicación del art. 20.1 CP, inclusive cuando se lo vincula con el art. 21.1, requiere que se explique si el autor pudo comprender la antijuridicidad del hecho y comportarse de acuerdo con esta comprensión.

A los efectos de una respuesta a esta cuestión se debe tener en cuenta que la incapacidad de culpabilidad no requiere una total anulación de la posibilidad de comprensión y de autoconducción, que en muchos supuestos (p. ej. en el caso de los trastornos de la conciencia) conduciría directamente a la exclusión de la acción. Por lo tanto, la afirmación de una disminución importante puede dar lugar a la exclusión de la culpabilidad si el autor se vio tan afectado que no pudo comprender la antijuridicidad y conducirse de acuerdo con ella. Es decir, el juicio jurídico sobre la posibilidad de culpabilidad deberá realizarse por el Tribunal de instancia individualizadamente para cada caso, exponiendo, como es lógico, las razones que fundamenten la decisión. Esta cuestión tiene una singular trascendencia en el régimen de la responsabilidad penal actual, dado que el Derecho vigente ha instituido un sistema de doble vía, en el que se prevén penas, medidas de seguridad curativas o de custodia y, en el caso de la “capacidad” disminuida de culpabilidad la aplicación de ambas consecuencias penales reguladas por el principio vicariante (arts. 101 y ss. y 99 CP). Consecuentemente, los Tribunales, luego de haber fundamentado la exclusión de la culpabilidad o la disminución de la misma, deberán emitir un juicio ponderado sobre la consecuencia jurídica aplicable, que no sólo se referirá a la pena, sino también a la medida de seguridad que se considere aplicable así como a las razones por las que en el caso concreto no se estime procedente aplicar medida alguna junto con la pena (STS 16/11/2005). En todo caso, no parece ocioso señalar que, como ya argumentaba la sentencia del Tribunal Supremo de 03/05/1995 la determinación de la “capacidad” de culpabilidad se lleva a cabo mediante una división de tareas entre los peritos y los jueces, en la que aquéllos determinan los aspectos biológico-psicológicos, mientras

éstos valoran las consecuencias para la comprensión y dirección de las acciones, basándose en los dictámenes médicos emitidos. Sin embargo, puntos de vista recientes afirman que ello sólo es correcto si lo que se pretende es formular un juicio sobre la libertad de la voluntad de un sujeto. Por el contrario, si el juicio se refiere a motivabilidad del autor por medio de normas jurídicas los conocimientos empíricos no pueden ser ignorados en la determinación de la “capacidad” del autor. El juicio correspondiente, por lo tanto, se debe llevar a cabo mediante un método comparativo que partirá de la comprobación del grado de relevancia de la deficiencia mental, determinado por la visión biológica, psicológica, psiquiátrica y médica imperante, para establecer luego si es posible afirmar en el caso una modificación profunda de la personalidad que haya afectado la capacidad de obrar con sentido (STS 11/10/2005). En la práctica, y sin perjuicio del tiempo transcurrido, la ciencia médica y la jurídica continúan, como se ve, dando valor, de alguna manera, a las palabras de uno de los más grandes especialistas médicos en cuestiones de “capacidad” de culpabilidad: “de la existencia de la perturbación producida por una enfermedad mental deducimos, calladamente, la incapacidad de actuar según la comprensión, teniendo en cuenta el grado de la perturbación”. La opinión dominante sostiene, en este sentido, que la “capacidad” de culpabilidad se debe excluir cuando la perturbación producida por la deficiencia mental tenga una intensidad considerable. Por el contrario, la inimputabilidad o “incapacidad” de culpabilidad no requiere una eliminación completa de la voluntad, pues si ello ocurriera, en realidad, se excluiría la acción, que -como se admite en general- requiere, en todo caso, un comportamiento voluntario (STS 19/09/2000).

Desde la visión del artículo 12 de la Convención se parte del modelo social que no es compatible con el modelo médico que prima en las nociones de exención e inimputabilidad los elementos clínicos y psiquiátricos que en realidad lo que deducen implícitamente son unos indicadores de normalización de conductas determinados en virtud de teorías o criterios psiquiátricos imperantes en el momento, aunque no elimina completamente la voluntad.

Propuesta

Incorporar el elemento del modelo social eliminando el modelo médico, siendo coherentes con el nuevo paradigma que incorpora la Convención redefiniendo otras concepciones sobre estado mental, enfermedad, y similares.

Para acomodar el texto a la Convención, eliminando una visión de la discapacidad anclada en el modelo médico, es necesario modificar el apartado 1 del artículo el texto “a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica”; así como derogar todo el apartado 3.

Texto de la norma

Modificación del apartado 1. Del art. 20 del Código Penal:

“Están exentos de responsabilidad criminal

1. El que al tiempo de cometer la infracción penal se encuentre en una situación que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

No se aplicará lo anterior cuando sea el propio sujeto quien provoque esta situación con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.

Supresión del apartado 3. Del art. 20 del Código Penal

.- NORMA. Código Penal. Art. 25.

Contenido

“A los efectos de este Código se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma”.

Comentario

Al igual que sucede en el Código civil el legislador parte de la incapacidad en virtud del modelo médico, lo cual no es coherente con el espíritu del artículo 12 de la Convención.

Propuesta

Supresión del precepto.

.- NORMA. Código Penal. Art. 60,1:

Contenido

1. Cuando, después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto, garantizando que reciba la asistencia médica precisa, para lo cual podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad de las previstas en este Código que no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida. Si se tratase de una pena de distinta naturaleza, el Juez de Vigilancia Penitenciaria apreciará si la situación del penado le permite conocer el sentido de la pena y, en su caso, suspenderá la ejecución imponiendo las medidas de seguridad que estime necesarias.

El Juez de Vigilancia comunicará al ministerio fiscal, con suficiente antelación, la próxima extinción de la pena o medida de seguridad impuesta, a efectos de lo previsto por la [disposición adicional primera de este Código](#).

Comentario

Esta norma puede ser considerada como una de las principales previsiones legales que se pueden relacionar con las personas con discapacidad, referentes al sistema penal penitenciario. Esta norma es expresión del modelo médico y del método biológico o psiquiátrico puro, psicológico o mixto

La norma permite imponer una medida de seguridad en sustitución de la pena sin entrar a valorar la peligrosidad criminal del sujeto, identificándose trastorno mental y peligrosidad.

Por otro lado, hay que ser conscientes de que cuando se trata de una pena privativa de libertad, la pena sustitutiva sólo puede ser de una medida de seguridad de privación de libertad; debería haberse dejado abierta la posibilidad de aplicar medidas de seguridad de otra naturaleza, atendiendo a cada caso concreto. La medida de seguridad ha de tener carácter “rehabilitador” o “curativo” se dice, pero quizá habría que tener en cuenta como objetivo último la inclusión social.

Propuesta

La norma debería adoptar un enfoque propio del modelo social, eliminar los términos estigmatizantes y la relación directa entre trastorno mental y peligrosidad.

Texto de la norma

Art. 60.1 Código Penal:

Cuando, después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación que le impida conocer el sentido de la pena, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto, garantizando que reciba la asistencia precisa.

Únicamente en el caso de que de la situación de la persona pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos se podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad de las previstas en este Código que no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida. Si se tratase de una pena de distinta naturaleza, el Juez de Vigilancia Penitenciaria apreciará si la situación del penado le permite conocer el sentido de la pena y, en su caso, suspenderá la ejecución imponiendo las medidas de seguridad que estime necesarias.

El Juez de Vigilancia comunicará al ministerio fiscal, con suficiente antelación, la próxima extinción de la pena o medida de seguridad impuesta, a efectos de lo previsto por la [disposición adicional primera de este Código](#).

.- NORMA. Código Penal. Art. 60,2:

Contenido

2. Restablecida la salud mental del penado, éste cumplirá la sentencia si la pena no hubiere prescrito, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración, en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente.

Comentario

Esta norma se inscribe en el modelo médico – rehabilitador, que sólo considera la revisión médica de la persona, pero no los ajustes razonables dirigidos a la inclusión social de la persona con discapacidad.

Propuesta

Se propone modificar la norma para que sea más coherente con el modelo social.

Texto de la norma

Art. 60,2 Código Penal:

“Si el penado recupera la capacidad de comprender el sentido de la pena, éste cumplirá la sentencia si la pena no hubiere prescrito, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración, en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente.”

.- NORMA. Código Penal. Artículos 95 a 99.

Contenido

.- Art. 95

“ Las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el Capítulo siguiente de este Código, siempre que concurren estas circunstancias:

- 1. Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito.*
- 2. Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos.*
- 3. Cuando la pena que hubiere podido imponerse por el delito cometido no fuere privativa de libertad, el juez o tribunal sentenciador sólo podrá acordar alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 96.3.*

.- Art. 96

1. Las medidas de seguridad que se pueden imponer con arreglo a este Código son privativas y no privativas de libertad.

2. Son medidas privativas de libertad:

- 1. El internamiento en centro psiquiátrico.*
- 2. El internamiento en centro de deshabitación.*
- 3. El internamiento en centro educativo especial.*

3. Son medidas no privativas de libertad:

- 1. La inhabilitación profesional.*
- 2. La expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España.*
- 3. La libertad vigilada*
- 4. La custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia Penitenciaria y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado.*
- 5. La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.*
- 6. La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.*

.- Art. 97

Durante la ejecución de la sentencia, el Juez o Tribunal sentenciador adoptará, por el procedimiento establecido en el artículo siguiente, alguna de las siguientes decisiones:

- a. Mantener la ejecución de la medida de seguridad impuesta.*
- b. Decretar el cese de cualquier medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto.*
- c. Sustituir una medida de seguridad por otra que estime más adecuada, entre las previstas para el supuesto de que se trate. En el caso de que fuera acordada la sustitución y el sujeto evolucionara desfavorablemente, se dejará sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida.*
- d. Dejar en suspenso la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido con su aplicación, por un plazo no superior al que reste hasta el máximo señalado en la sentencia que la impuso. La suspensión quedará condicionada a que el sujeto no delinca durante el plazo fijado, y podrá dejarse sin efecto si nuevamente resultara acreditada cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 95 de este Código.*

.- Art. 98.

1. A los efectos del [artículo anterior](#), cuando se trate de una medida de seguridad privativa de libertad o de una medida de libertad vigilada que deba ejecutarse después del cumplimiento de una pena privativa de libertad, el Juez de Vigilancia Penitenciaria estará obligado a elevar al menos anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la misma. Para formular dicha propuesta el Juez de

Vigilancia Penitenciaria deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a o por las Administraciones Públicas competentes y, en su caso, el resultado de las demás actuaciones que a este fin ordene.

2. Cuando se trate de cualquier otra medida no privativa de libertad, el Juez o Tribunal sentenciador recabará directamente de las Administraciones, facultativos y profesionales a que se refiere el apartado anterior, los oportunos informes acerca de la situación y la evolución del condenado, su grado de rehabilitación y el pronóstico de reincidencia o reiteración delictiva.

3. En todo caso, el Juez o Tribunal sentenciador resolverá motivadamente a la vista de la propuesta o los informes a los que respectivamente se refieren los dos apartados anteriores, oída la propia persona sometida a la medida, así como el Ministerio Fiscal y las demás partes. Se oirá asimismo a las víctimas del delito que no estuvieren personadas cuando así lo hubieran solicitado al inicio o en cualquier momento de la ejecución de la sentencia y permanezcan localizables a tal efecto.

.- Art. 99:

En el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el juez o tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Una vez alzada la medida de seguridad, el juez o tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el artículo 96.3.

Comentario

No puede afirmarse que estas normas se enfrenten a la Convención ya que tampoco establecen una discriminación por motivo de discapacidad. En todo caso, sí que se considera conveniente modificar la referencia al “centro psiquiátrico” del art. 96.

Propuesta

No es necesario reformar estos preceptos salvo la referencia a centro psiquiátrico del art. 96 que deberá ser reemplazada por la de “centro de salud mental”.

Texto de la norma

.- Art. 96. Código Penal

1. Las medidas de seguridad que se pueden imponer con arreglo a este Código son privativas y no privativas de libertad.

2. Son medidas privativas de libertad:

1. El internamiento en centro de salud mental.

2. El internamiento en centro de deshabituación.

3. El internamiento en centro educativo especial.

.- NORMA. Código Penal. Art. 100.

Contenido

1. El quebrantamiento de una medida de seguridad de internamiento dará lugar a que el juez o tribunal ordene el reingreso del sujeto en el mismo centro del que se hubiese evadido o en otro que corresponda a su estado.

2. Si se tratare de otras medidas, el juez o tribunal podrá acordar la sustitución de la quebrantada por la de internamiento si ésta estuviese prevista para el supuesto de que se trate y si el quebrantamiento demostrase su necesidad.

3. En ambos casos el Juez o Tribunal deducirá testimonio por el quebrantamiento. A estos efectos, no se considerará quebrantamiento de la medida la negativa del sujeto a

someterse a tratamiento médico o a continuar un tratamiento médico inicialmente consentido. No obstante, el Juez o Tribunal podrá acordar la sustitución del tratamiento inicial o posteriormente rechazado por otra medida de entre las aplicables al supuesto de que se trate.

Comentario

Este precepto no se enfrenta a la Convención. Se considera adecuado que no se considere quebrantamiento de una medida de seguridad la negativa a someterse a tratamiento médico.

Propuesta

No se considera necesario reformar el precepto.

.- NORMA. Código Penal. Art. 101.

Contenido

1. Al sujeto que sea declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número 1 del artículo 20, se le podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie, o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo.

2. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de este Código.

Comentario

El precepto hace referencia a la posibilidad de internamiento en un establecimiento adecuado a aquella persona declarada exenta de responsabilidad penal. El análisis del alcance de este precepto debe hacerse en concordancia con lo expuesto en el comentario sobre el art. 20 del Código Penal. En todo caso, este tipo de medidas sólo podrán adoptarse cuando se determine la peligrosidad de la persona y deben siempre tener como finalidad la educación y la inclusión y ser objeto de revisión periódica.

Propuesta

Adaptación de la norma al nuevo modelo de responsabilidad penal desde los parámetros de la concepción que sobre la discapacidad maneja la Convención.

Texto de la norma

Art. 101. Del Código Penal.

1. Al sujeto que sea declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número 1 del artículo 20, se le podrá aplicar, si fuere necesaria al poder deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos, la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado a su situación y cualquier otra de las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo. En todo caso, el juez revisará periódicamente la situación de la persona.

2. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de este Código.

.- NORMA. Código Penal. Art. 104.

Contenido

1. En los supuestos de eximente incompleta en relación con los números 1, 2 y 3 del artículo 20, el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en los artículos 101, 102 y 103. No obstante, la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la de la pena prevista por el Código para el delito. Para su aplicación se observará lo dispuesto en el artículo 99.

2. Cuando se aplique una medida de internamiento de las previstas en el apartado anterior o en los artículos 101, 102 y 103, el juez o tribunal sentenciador comunicará al ministerio fiscal, con suficiente antelación, la proximidad de su vencimiento, a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este Código.

Comentario/propuesta

Adaptación de la norma al nuevo modelo de responsabilidad penal desde los parámetros de la concepción que sobre la discapacidad maneja la Convención. Supresión de la referencia al número 3 del artículo 20.

Texto de la norma

Art. 104 del Código Penal.

“1. En los supuestos de eximente incompleta en relación con los números 1 y 2 del artículo 20, el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en los artículos 101, 102 y 103. No obstante, la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la de la pena prevista por el Código para el delito. Para su aplicación se observará lo dispuesto en el artículo 99.

2. Cuando se aplique una medida de internamiento de las previstas en el apartado anterior o en los artículos 101, 102 y 103, el juez o tribunal sentenciador comunicará al ministerio fiscal, con suficiente antelación, la proximidad de su vencimiento, a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este Código”.

.- NORMA. Código Penal. Arts. 145 y 156.

Contenido

.- Art. 145

“1. El que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la Ley será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años. El juez podrá imponer la pena en su mitad superior cuando los actos descritos en este apartado se realicen fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado.

2. La mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la Ley, será castigada con la pena de multa de seis a veinticuatro meses.

3. En todo caso, el juez o tribunal impondrá las penas respectivamente previstas en este artículo en su mitad superior cuando la conducta se llevare a cabo a partir de la vigésima segunda semana de gestación”.

.- Art. 156:

Párrafo 1º: “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válido, libre y consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales”.

Párrafo 2º: “Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, haya sido autorizada por el juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz”.

Comentario

En el supuesto del art. 145 con respecto al delito de aborto el legislador ha optado por no reiterar aquellos casos contemplados por la ley, los cuales se encuentran en conexión con la Ley 2/2010, concretamente los artículos 14 y 15 con respecto a la interrupción de embarazo voluntaria, a petición de la mujer y la interrupción por causas médicas.

Los supuestos b y c, libran a los facultativos médicos de la responsabilidad penal en aquellos supuestos tasados por la ley, no en otros supuestos que sí se encuentran tipificados como delito de aborto del art. 145.

En primer lugar, el punto b y c del art. 15 de la Ley 2/2010 determina las causas médicas, por medio de dictamen médico o por comité clínico, en dos supuestos concretos: cuando se detecten anomalías fetales “incompatibles con la vida” (concepto que no sé sabe muy bien a qué se refiere y objetable en su esencia científica) o cuando se detecte en el feto una enfermedad “extremadamente grave e incurable” en el momento del diagnóstico. En ambos casos, no requieren la petición voluntaria de la persona gestante, es decir, los informes médicos suplen dicha voluntad.

Entendemos que en virtud del artículo 12 de la Convención ni los dictámenes médicos ni los comités clínicos pueden suplir la voluntad o petición de la persona a quien van a efectuar la intervención. En todo caso requerirá su consentimiento, y no es coherente con la Convención la definiciones establecidas en el punto b y c ya se entiende que parte de la presunción contraria a la concepción de plena capacidad para todas las personas en igualdad de condiciones, máxime cuando existen medios que pueden ayudar a suplir esta necesidad que en cada caso se determine.

Observamos en el art. 156, párrafo 2º que con respecto a las esterilizaciones de las personas con discapacidad el legislador no considera punible el hecho en cuestión cuando se realiza a personas con discapacidad de grave deficiencia psíquica, sin tener en cuenta su voluntad ni su consentimiento, salvo por lo que se denomina “exploración del incapaz” realizada por el juez durante el procedimiento Civil de Incapacidad lo cual no se entiende que se refiera a su consentimiento. Esta práctica de las esterilizaciones forzadas, no voluntarias, y sin consentimiento o voluntad de la persona no puede ser asumida por ser contraria a la Convención tal y como ha señalado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En efecto, el Comité en sus Observaciones

En el informe presentado por el gobierno español ha señalado que 37 “ha expresado su inquietud por el hecho de que las personas con discapacidad ... puedan ser sometidas a esterilización sin su consentimiento, otorgado libremente y con conocimiento de causa e insta a España a que “suprima la administración de tratamiento médico, en particular la esterilización, sin el consentimiento, pleno y otorgado con conocimiento de causa, del paciente, y a que vele por que la legislación nacional respete especialmente los derechos reconocidos a las mujeres en los artículos 23 y 25 de la Convención”.

Es necesario definir las condiciones en las que sería necesario agravar las penas cuando tienen como víctima a personas que se encuentran en situaciones en las que debido a sus dificultades para comprender ciertas conductas pueden ser más vulnerables.

Propuesta

Modificar el párrafo 1 del artículo 156 y suprimir el párrafo 2º del art. 156.

Texto de la norma

Art. 156 del Código Penal:

Párrafo 1º: “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válido, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad, en cuyo caso no será válido el prestado por éste ni por su representante legal.

En los supuestos anteriores, el consentimiento formulado de acuerdo a un plan personalizado de apoyos para el ejercicio de la capacidad será válido”.

Supresión del párrafo 2º

.- NORMA. Código Penal. Arts. 164 y 165.

Contenido

.- Art. 164:

“El secuestro de una persona exigiendo alguna condición para ponerla en libertad, será castigado con la pena de prisión de seis a diez años. Si en el secuestro se hubiera dado la circunstancia del artículo 163.3, se impondrá la pena superior en grado, y la inferior en grado si se dieran las condiciones del artículo 163.2”.

.- Art. 165:

“Las penas de los artículos anteriores se impondrán en su mitad superior, en los respectivos casos, si la detención ilegal o secuestro se ha ejecutado con simulación de autoridad o función pública, o la víctima fuere menor de edad o incapaz o funcionario público en el ejercicio de sus funciones”.

Comentario

Esta norma (el artículo 165) está en clara discordancia con la Convención al incluir la referencia a la incapacidad.

Propuesta

Deben eliminarse términos peyorativos o discriminatorios.

Es necesario definir las condiciones en las que sería necesario agravar las penas cuando tienen como víctima a personas que se encuentran en situaciones en las que debido a sus dificultades para comprender ciertas conductas pueden ser más vulnerables.

Debe suprimirse el término incapaz.

Texto de la norma

.- Art. 165 del Código Penal:

“Las penas de los artículos anteriores se impondrán en su mitad superior, en los respectivos casos, si la detención ilegal o secuestro se ha ejecutado con simulación de autoridad o función pública, o la víctima fuere menor de edad, persona que se encuentre en situación de indefensión, persona que precise de apoyos en la toma de sus decisiones o funcionario público en el ejercicio de sus funciones”.

.- NORMA. Código Penal. Arts. 181 y 182.

Contenido

.- Art.181

“1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años, sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare.

3. La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaleándose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.

4. Las penas señaladas en este artículo se impondrán en su mitad superior si concurriere la circunstancia 3 o la 4, de las previstas en el apartado 1 del artículo 180 de este código”.

.- Art. 182:

“1. En todos los casos del artículo anterior, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a 10 años.

2. La pena señalada en el apartado anterior se impondrá en su mitad superior cuando concurra la circunstancia 3 o la 4 de las previstas en el artículo 180.1 de este código”.

Comentario

El término “estando privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abuse” equivale a la versión médica pudiendo encontrarse otros supuestos, que quedarían fuera de este precepto. Sería necesario sustituirlas conforme a la Convención.

Propuesta

Modificación del apartado 2 del art. 181.

Texto de la norma

Art. 181,2 del Código Penal.

A los efectos del apartado anterior se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años o sobre personas que se encuentran en una

situación que les impide comprender el significado de la conducta sexual o conformar su voluntad en relación con la misma.

.- NORMA. Código Penal. Art. 183.

Contenido

“1. El que, interviniendo engaño, cometiere abuso sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años, o multa de doce a veinticuatro meses.

2. Cuando el abuso consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena será de prisión de dos a seis años. La pena se impondrá en su mitad superior si concurriera la circunstancia 3, o la 4, de las previstas en el artículo 180.1 de este código”.

Comentario

La norma no protege a aquellas personas con discapacidad que puedan ser especialmente vulnerables en relación con estos delitos como sujetos de especial protección frente a los abusos sexuales.

Propuesta

En la norma se debe contemplar a las personas con discapacidad, abarcando dentro del tipo penal a los sujetos pasivos del delito: con persona mayor de trece años y menor de dieciséis o con una persona con discapacidad que precisa de apoyos.

Texto de la norma

Artículo 183 del Código Penal.

“1. El que, interviniendo engaño, cometiere abuso sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis, o con una persona que precise de apoyos en la toma de sus decisiones será castigado con la pena de prisión de uno a dos años, o multa de doce a veinticuatro meses.

2. Cuando el abuso consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena será de prisión de dos a seis años. La pena se impondrá en su mitad superior si concurriera la circunstancia 3, o la 4, de las previstas en el artículo 180.1 de este código”.

.- NORMA. Código Penal. Art. 187.

Contenido

“1. El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro

2. Incurrirán en la pena de prisión indicada, en su mitad superior, y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

3. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades”.

Comentario

Se utiliza un término “incapaz” que expresa un modelo enfrentado al artículo 12 de la Convención.

Propuesta

Sustitución del término incapaz.

Texto de la norma

*“1. El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad, de una persona que se encuentre en situación de indefensión, o de una persona que precise de apoyo en la toma de sus decisiones, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro
2. Incurrirán en la pena de prisión indicada, en su mitad superior, y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, los que realicen los hechos prevariándose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.
3. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades”.*

.- NORMA. Código Penal. Art. 188.

Contenido

*“1. El que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de 12 a 24 meses. En la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma.
2. Se impondrán las penas correspondientes en su mitad superior, y además la pena de inhabilitación absoluta de seis a 12 años, a los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior prevariándose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.
3. Si las mencionadas conductas se realizaran sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, se impondrá al responsable la pena superior en grado a la que corresponda según los apartados anteriores.
4. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida”.*

Comentario/ Propuesta

La terminología no es conforme a la Convención en tanto se usa el término “incapaz”.

Más allá de lo anterior, no parece haber un énfasis en dos aspectos que para la Convención son importantes, que son los relativos a niños con discapacidad y mujeres con discapacidad. En ello ha incidido el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en sus Observaciones Finales en relación con el informe inicial presentado por el gobierno español en cumplimiento del art. 35 de la Convención.

Texto de la norma

Art. 188 del Código Penal.

3. Si las mencionadas conductas se realizaran sobre persona menor de edad, sobre persona en situación de indefensión o sobre una persona que precisa de apoyos para la toma de sus decisiones, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, se impondrá al responsable la pena superior en grado a la que corresponda según los apartados anteriores.

4. Serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años los que realicen los actos previstos en el apartado 1 de este artículo sobre menores de edad con discapacidad o sobre mujeres que precisan de apoyo para la toma de sus decisiones.

.- NORMA. Código Penal. Art. 189.

Contenido

“1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años:

- a. El que utilizare a menores de edad o a incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades.*
 - b. El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.*
- 2. El que para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años.*
- 3. Serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años los que realicen los actos previstos en el apartado 1 de este artículo cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:*
- a. Cuando se utilicen a niños menores de 13 años.*
 - b. Cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.*
 - c. Cuando los hechos revistan especial gravedad atendiendo al valor económico del material pornográfico.*
 - d. Cuando el material pornográfico represente a niños o a incapaces que son víctimas de violencia física o sexual.*
 - e. Cuando el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades.*
 - f. Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho o de derecho, del menor o incapaz.*
- 4. El que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año.*
- 5. El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o incapaz y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o incapaz, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses.*
- 6. El ministerio fiscal promoverá las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, en su caso, a la persona que incurra en alguna de las conductas descritas en el apartado anterior.*

7. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años el que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada.

8. En los casos previstos en los apartados anteriores, se podrán imponer las medidas previstas en el artículo 129 de este código cuando el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades”.

Comentario

La terminología empleada no es conforme a la Convención en tanto se emplea el término “incapaz” hace referencia al modelo médico rehabilitador, y la Convención promueve el modelo social de la discapacidad.

Más allá de lo anterior, no parece haber un énfasis en dos aspectos que para la Convención son importantes, que son los relativos a niños con discapacidad y mujeres con discapacidad.

Propuesta

Sustituir el término “incapaz” por “persona con discapacidad”.

Definir las condiciones en las que sería necesario agravar las penas cuando tienen como víctima a personas que se encuentran en situaciones en las que debido a sus dificultades para comprender ciertas conductas pueden ser más vulnerables

Texto de la norma

Art. 189 Código Penal

“1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años:

c. El que utilizare a menores de edad o a una persona que se encuentren en situación de indefensión o a una persona que precise de apoyos en la toma de sus decisiones, con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades.

d. El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o personas que cuenten con un plan personalizado de apoyo al ejercicio de la capacidad, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.

2. El que para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o a una persona que se encuentren en situación de indefensión o a una persona que cuente con plan personalizado de apoyo para el ejercicio de la capacidad, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años.

3. Serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años los que realicen los actos previstos en el apartado 1 de este artículo cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

g. Cuando se utilicen a niños menores de 13 años.

h. Cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

i. Cuando los hechos revistan especial gravedad atendiendo al valor económico del material pornográfico.

- j. Cuando el material pornográfico represente a niños o a una persona que se encuentren en situación de indefensión o a una persona que cuente con plan personalizado de apoyo para el ejercicio de la capacidad, que son víctimas de violencia física o sexual.
 - k. Cuando el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades.
 - l. Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro, ejerciente de las funciones de apoyo o cualquier otra persona encargada, de hecho o de derecho, del menor, de la persona que se encuentren en situación de indefensión o de la persona que cuente con plan personalizado de apoyo para el ejercicio de la capacidad.
4. El que haga participar a un menor o a una persona que se encuentren en situación de indefensión o a una persona que cuente con plan personalizado de apoyo para el ejercicio de la capacidad, en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año.
5. El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad, o ejerza funciones de apoyo a una persona que cuente con una plan personalizado de apoyo al ejercicio de la capacidad, y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o incapaz, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses.
6. El ministerio fiscal promoverá las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, del ejercicio de la función de apoyo, tutela, guarda o acogimiento familiar, en su caso, a la persona que incurra en alguna de las conductas descritas en el apartado anterior.
7. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años el que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores, personas que se encuentren en situación de indefensión o personas que cuenten con planes personalizados de apoyo para el ejercicio de la capacidad, se emplee su voz o imagen alterada o modificada.
8. En los casos previstos en los apartados anteriores, se podrán imponer las medidas previstas en el artículo 129 de este código cuando el culpable pertenezca a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades”.

.- NORMA. Código Penal. Art. 511.

Contenido

“1. Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.

2. Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a

una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.

3. Los funcionarios públicos que cometan alguno de los hechos previstos en este artículo, incurrirán en las mismas penas en su mitad superior y en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años”.

Comentario

La terminología empleada no es conforme a la Convención en tanto que el término “minusvalía” hace referencia al modelo médico rehabilitador, y la Convención promueve el modelo social de la discapacidad.

Propuesta

Sustituir el término “minusvalía” por “por motivo de discapacidad”.

Texto de la norma

Art. 511.

“1. Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad.

2. Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad.

3. Los funcionarios públicos que cometan alguno de los hechos previstos en este artículo, incurrirán en las mismas penas en su mitad superior y en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años”.

.- NORMA. Código Penal. Art. 607 bis.

Contenido

“1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella.

En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos:

- 1. Por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.*
 - 2. En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen.*
- 2. Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados:*
- 1. Con la pena de prisión de 15 a 20 años si causaran la muerte de alguna persona.*
Se aplicará la pena superior en grado si concurriera en el hecho alguna de las circunstancias previstas en el artículo 139.

2. *Con la pena de prisión de 12 a 15 años si cometieran una violación, y de cuatro a seis años de prisión si el hecho consistiera en cualquier otra agresión sexual.*
3. *Con la pena de prisión de 12 a 15 años si produjeran alguna de las lesiones del artículo 149 y con la de ocho a 12 años de prisión si sometieran a las personas a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud o cuando les produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 150. Se aplicará la pena de prisión de cuatro a ocho años si cometieran alguna de las lesiones del artículo 147.*
4. *Con la pena de prisión de ocho a 12 años si deportaran o trasladaran por la fuerza, sin motivos autorizados por el derecho internacional, a una o más personas a otro Estado o lugar, mediante la expulsión u otros actos de coacción.*
5. *Con la pena de prisión de seis a ocho años si forzaran el embarazo de alguna mujer con intención de modificar la composición étnica de la población, sin perjuicio de la pena que corresponda, en su caso, por otros delitos.*
6. *Con la pena de prisión de 12 a 15 años cuando detuvieran a alguna persona y se negaran a reconocer dicha privación de libertad o a dar razón de la suerte o paradero de la persona detenida.*
7. *Con la pena de prisión de ocho a 12 años si detuvieran a otro, privándolo de su libertad, con infracción de las normas internacionales sobre la detención. Se impondrá la pena inferior en grado cuando la detención dure menos de quince días.*
8. *Con la pena de cuatro a ocho años de prisión si cometieran tortura grave sobre personas que tuvieran bajo su custodia o control, y con la de prisión de dos a seis años si fuera menos grave.*
A los efectos de este artículo, se entiende por tortura el sometimiento de la persona a sufrimientos físicos o psíquicos.
La pena prevista en este número se impondrá sin perjuicio de las penas que correspondieran, en su caso, por los atentados contra otros derechos de la víctima.
9. *Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si cometieran alguna de las conductas relativas a la prostitución recogidas en el artículo 187.1 y con la de seis a ocho años en los casos previstos en el artículo 188.1.*
Se impondrá la pena de seis a ocho años a quienes trasladen a personas de un lugar a otro, con el propósito de su explotación sexual, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima.
Cuando las conductas previstas en el párrafo anterior y en el artículo 188.1 se cometan sobre menores de edad o incapaces, se impondrán las penas superiores en grado.
10. *Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si sometieran a alguna persona a esclavitud o la mantuvieran en ella. Esta pena se aplicará sin perjuicio de las que, en su caso, correspondan por los concretos atentados cometidos contra los derechos de las personas.*
Por esclavitud se entenderá la situación de la persona sobre la que otro ejerce, incluso de hecho, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, como comprarla, venderla, prestarla o darla en trueque”.

Comentario

El artículo en cuestión aborda diversos aspectos que si bien pueden mirarse con particularidad, en términos generales están vinculadas (en el interés del análisis) a la comisión de estos delitos sobre personas con discapacidad.

La Convención enfatiza dos aspectos que son los relativos a niños con discapacidad y mujeres con discapacidad; mismos que, en atención a la conducta de que se trata en el artículo que se analiza, pueden ser particularmente afectados.

Por otra parte, en el primer apartado del artículo, resultaría pertinente añadir la discapacidad como razón que puede motivar la conducta.

Propuesta

Agregar la discapacidad como motivo de comisión de la conducta del apartado: “por motivo de discapacidad”

Sustituir el término “incapaz” por “persona con discapacidad” o por “persona con discapacidad que precisa de apoyo”.

Texto de la norma

Art. 607 bis del Código penal

Apartado 1,1: Por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género o de discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.

Apartado 2,9: Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si cometieran alguna de las conductas relativas a la prostitución recogidas en el artículo 187.1 y con la de seis a ocho años en los casos previstos en el artículo 188.1.

Se impondrá la pena de seis a ocho años a quienes trasladen a personas de un lugar a otro, con el propósito de su explotación sexual, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima.

Cuando las conductas previstas en el párrafo anterior y en el artículo 188.1 se cometan sobre menores de edad, personas en situación de indefensión o personas que precisen de apoyos en la toma de sus decisiones, se impondrán las penas superiores en grado.

.- NORMA. Código Penal. Disposición Adicional Primera.

Contenido

“Cuando una persona sea declarada exenta de responsabilidad criminal por concurrir alguna de las causas previstas en los números 1 y 3 del artículo 20 de este Código, el Ministerio Fiscal instará, si fuera procedente, la declaración de incapacidad ante la Jurisdicción Civil, salvo que la misma hubiera sido ya anteriormente acordada y, en su caso, el internamiento conforme a las normas de la legislación civil”.

Comentario/propuesta

Eliminar la mención a los procesos de incapacidad ante la jurisdicción civil. Arbitrar medidas de apoyo adecuadas en cada caso y servicios integrales de justicia, salud y sociales.

Texto de la norma

“Cuando una persona sea declarada exenta de responsabilidad criminal por concurrir la circunstancia prevista en el apartado 1 del artículo 20 de este Código, el Ministerio

Fiscal instará, si fuera procedente, el establecimiento de un plan personalizado de apoyo, salvo que el mismo hubiera sido ya anteriormente acordado y solicitará su ingreso únicamente si concurren alguna de las causas establecidas en la legislación vigente.

.- NORMA. Ley de Enjuiciamiento Criminal. Art. 381.

Contenido

Si el Juez advirtiese en el procesado indicios de enajenación mental, le someterá inmediatamente a la observación de los Médicos forenses en el establecimiento en que estuviese preso, o en otro público si fuere más a propósito o estuviese en libertad.

Los Médicos darán en tal caso su informe del modo expresado en el capítulo VII de este título.

Comentario

Los indicios de enajenación mental son considerados elementos a considerar por el juzgador en aras a valorar la acción, “capacidad” de culpabilidad con respecto a los hechos. Es relevante la visión del juez en estos casos, pero siempre desde la consideración del paradigma del artículo 12 de la Convención.

Propuesta

Los indicios sobre enajenación mental deben valorarse de manera integral junto con los órganos de salud, y otros órganos sociales especializados en la materia. En caso necesario se determinarán los espacios adecuados para continuar con la medida de seguridad previamente determinada durante el proceso. También se considera aconsejable sustituir el término enajenación mental por trastorno mental.

Texto de la norma

Art. 381 Ley de Enjuiciamiento Criminal

“Si el Juez advirtiese en el procesado indicios de trastorno mental, le someterá inmediatamente a la observación de los Médicos forenses en el establecimiento en que estuviese preso, o en otro público si fuere más a propósito o estuviese en libertad.

Los Médicos darán en tal caso su informe del modo expresado en el capítulo VII de este título. Igualmente, deberá contarse con un informe psicosocial”

.- NORMA. Ley de Enjuiciamiento Criminal. Art. 382.

Contenido

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, el Juez recibirá información acerca de la enajenación mental del procesado, en la forma prevenida en el artículo 380.

Comentario

Eliminar el concepto de enajenado mental, por otro más acorde con la Convención ya que parten de la visión del modelo médico- rehabilitador.

Propuesta

Sustituir enajenación mental por trastorno mental.

Texto de la norma

Art. 382 Ley de Enjuiciamiento Criminal

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, el Juez recibirá información acerca del trastorno mental del procesado, en la forma prevenida en el artículo 380

.- NORMA. Ley de Enjuiciamiento Criminal. Art. 383.

Contenido

Si la demencia sobreviniera después de cometido el delito, concluso que sea el sumario, se mandará archivar la causa por el Tribunal competente hasta que el procesado recobre la salud, disponiéndose, además, respecto de éste, lo que el Código Penal, prescribe para los que ejecutan el hecho en estado de demencia. Si hubiese algún otro procesado por razón del mismo delito que no se encontrase en el caso del anterior, continuará la causa solamente en cuanto al mismo.

Comentario

La concepción de demencia o estado de demencia debe ser eliminada en virtud de la nueva visión potenciadora de la Convención. Estos términos pertenecen al modelo médico rehabilitador, desde criterios determinados en la psiquiatría o ámbitos médicos similares, los cuales no poseen un carácter absoluto y universal sino que suponen un planteamiento temporal y espacial, antropológico y cultural. Lo que puede ser demencia para unos no es asimismo considera para otros. Inclusive, el término supone considerar que se está estigmatizando al colectivo en cuestión.

Propuesta

Potenciar equipos integrales o multidisciplinares de actuación cuando la persona así lo requiera, previa consideración del Juzgado.

Texto de la norma

Art. 383 Ley de Enjuiciamiento Criminal

“Si el trastorno mental sobreviniera después de cometido el delito, concluso que sea el sumario, se mandará archivar la causa por el Tribunal competente hasta que el procesado recobre la salud, disponiéndose, además, respecto de éste, lo que el Código Penal prescribe para los que ejecutan el hecho en una situación que le impide comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. Si hubiese algún otro procesado por razón del mismo delito que no se encontrase en el caso del anterior, continuará la causa solamente en cuanto al mismo.”

.- NORMA. Ley Orgánica 1/1979 de 26 de septiembre, General Penitenciaria. Art. 11.

Contenido

Los establecimientos especiales son aquellos en los que prevalece el carácter asistencial y serán de los siguientes tipos:

- a. Centros hospitalarios.*
- b. Centros psiquiátricos.*
- c. Centros de rehabilitación social, para la ejecución de medidas penales, de conformidad con la legislación vigente en esta materia.*

Comentario

Esta disposición establece los tipos de centros especiales y el carácter de los mismos. Conforme a ello, pueden ser de tipo hospitalario, psiquiátrico y de rehabilitación social, teniendo los tres carácter asistencial. Partiendo de la base de que los centros psiquiátricos sirven para que las personas con discapacidad mental o

intelectual puedan ser rehabilitadas con el fin de insertarse en la sociedad es absolutamente necesario que este carácter supuestamente asistencial de la medida de seguridad sea efectivo y conduzca a la reinserción y no al internamiento de por vida de las personas con discapacidad en dichos centros psiquiátricos.

Al mismo tiempo, es necesario tener en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad como elemento integrante de las políticas de estos centros.

Propuesta

Sustituir centro psiquiátrico por centro de salud mental.

Texto de la norma

“Los establecimientos especiales son aquellos en los que prevalece el carácter asistencial y serán de los siguientes tipos:

- a. Centros hospitalarios.*
- b. Centros de salud mental.*
- c. Centros de rehabilitación social, para la ejecución de medidas penales, de conformidad con la legislación vigente en esta materia.*

El trabajo de los profesionales de estos centros debe orientarse a lograr la plena inclusión social de las personas ingresadas.”

.- NORMA. Real Decreto 1990/1996, Reglamento Penitenciario. Art. 183.

Contenido

Los Establecimientos o Unidades Psiquiátricas penitenciarias son aquellos centros especiales destinados al cumplimiento de las medidas de seguridad privativas de libertad aplicadas por los Tribunales correspondientes.

Comentario

La presente disposición menciona específicamente lo que para la norma y para el sistema es un centro penitenciario psiquiátrico. Establece que estos son el tipo de centro especial destinado al cumplimiento de las medidas de seguridad privativas de libertad, medidas que se adoptarán en estos centros por mandato judicial cumplimiento de tales medidas en estos centros incluye a personas con discapacidades intelectuales y trastornos mentales. Sería conveniente cambiar la denominación “psiquiátricas” por establecimientos o unidades de salud mental.

Propuesta:

Modificación de la redacción.

Texto de la norma

Los Establecimientos o Unidades de Salud mental penitenciarias son aquellos centros especiales destinados al cumplimiento de las medidas de seguridad privativas de libertad aplicadas por los Tribunales correspondientes.

.- NORMA. Real Decreto 1990/1996, Reglamento Penitenciario. Art. 184.

Contenido

El ingreso en estos Establecimientos o Unidades Psiquiátricas penitenciarias se llevará a cabo en los siguientes casos:

- a. *Los detenidos o presos con patología psiquiátrica, cuando la autoridad judicial decida su ingreso para observación, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, durante el tiempo que requiera la misma y la emisión del oportuno informe.*
Una vez emitido el informe, si la autoridad judicial no decidiese la libertad del interno, el Centro Directivo podrá decidir su traslado al Centro que le corresponda.
- b. *Personas a las que por aplicación de las circunstancias eximentes establecidas en el Código Penal les haya sido aplicada una medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico penitenciario.*
- c. *Penados a los que, por enfermedad mental sobrevenida, se les haya impuesto una medida de seguridad por el Tribunal sentenciador en aplicación de lo dispuesto en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal que deba ser cumplida en un Establecimiento o Unidad psiquiátrica penitenciaria.*

Comentario/Propuesta

La presente disposición menciona los casos en los que se puede llevar a cabo el ingreso en un centro psiquiátrico penitenciario. Siguiendo la línea de argumentación expuesta en disposiciones anteriores es necesaria la sustitución de algunos términos tales como patología psiquiátrica o enfermedad mental, establecimientos y unidades psiquiátricas. Además sería aconsejable la mención del carácter rehabilitador de estos centros, la atención a las necesidades específicas que puedan tener las personas internadas, y el ejercicio de derechos.

Texto de la norma

El ingreso en estos Establecimientos o Unidades de Salud Mental penitenciarias se llevará a cabo en los siguientes casos:

- a. *Los detenidos o presos con trastorno mental, cuando la autoridad judicial decida su ingreso para observación, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, durante el tiempo que requiera la misma y la emisión del oportuno informe.*
Una vez emitido el informe, si la autoridad judicial no decidiese la libertad del interno, el Centro Directivo podrá decidir su traslado al Centro que le corresponda.
- b. *Personas a las que por aplicación de las circunstancias eximentes establecidas en el Código Penal les haya sido aplicada una medida de seguridad de internamiento en centro de salud mental penitenciario.*
- c. *Penados a los que, por trastorno mental sobrevenido, se les haya impuesto una medida de seguridad por el Tribunal sentenciador en aplicación de lo dispuesto en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal que deba ser cumplida en un Establecimiento o Unidad psiquiátrica penitenciaria.*
- d. *Las personas internadas en Establecimientos o Unidades de Salud Mental penitenciarias tendrán derecho a recibir la asistencia y rehabilitación adecuada a sus necesidades, al cumplimiento de las exigencias de accesibilidad, a la realización de ajustes razonables y al ejercicio de sus derechos fundamentales para lo cual contarán con las medidas de apoyo que resulten precisas.*

.- NORMA. Real Decreto 1990/1996, Reglamento Penitenciario. Art. 185.

Contenido

1. Para garantizar un adecuado nivel de asistencia, los Establecimientos o Unidades Psiquiátricas penitenciarias dispondrán, al menos, de un Equipo multidisciplinar, integrado por los psiquiatras, psicólogos, médicos generales, enfermeros y trabajadores sociales que sean necesarios para prestar la asistencia especializada que precisen los pacientes internados en aquéllos.

También contarán con los profesionales y el personal auxiliar necesario para la ejecución de los programas de rehabilitación.

2. La Administración Penitenciaria solicitará la colaboración necesaria de otras Administraciones Públicas con competencia en la materia para que el tratamiento psiquiátrico de los internos continúe, si es necesario, después de su puesta en libertad y para que se garantice una asistencia social postpenitenciaria de carácter psiquiátrico, así como para que los enfermos cuya situación personal y procesal lo permita puedan ser integrados en los programas de rehabilitación y en las estructuras intermedias existentes en el modelo comunitario de atención a la salud mental.

Comentario

De esta disposición se pueden desprender 2 consideraciones en cuanto al tratamiento de los internos. Un aspecto relativo al tratamiento dentro del centro, y otro relativo a la continuidad del tratamiento incluso después de la puesta en libertad y en consecuencia fuera del centro.

En el primer aspecto se mencionan dos consideraciones. Lo relativo a la asistencia y a la rehabilitación. En cuanto a la asistencia la disposición contempla la existencia de un grupo multidisciplinar integrado por profesionales (psiquiatras, psicólogos, médicos generales, trabajadores sociales).

Si bien es cierto que la condición de las personas internas en estos centros está ligada en muchos casos a una situación estrictamente médica que en consecuencia requiere ser tratada, también lo es que no en todos los casos esta situación necesariamente es así. En este sentido, podría ser interesante que dentro de los grupos multidisciplinarios se incluyeran profesionales con perfiles no únicamente médicos, tales como representantes de la sociedad civil. Contar únicamente con personal médico para cuestiones de asistencia no supone necesariamente algo benéfico para personas con discapacidad intelectual, por ejemplo.

En cuanto a las disposiciones que tienen que ver con el aspecto rehabilitador, la disposición únicamente menciona que se contará con el personal necesario para ello, de lo que se desprende un panorama incierto. Es importante señalar que la rehabilitación constituye un eje central en la finalidad de estos centros ya que en gran parte, de su eficacia depende la no reincidencia. En este sentido, pueden apuntarse dos situaciones relevantes para las personas con discapacidad en cuanto a la rehabilitación. Por un lado, la consideración de una rehabilitación que mediante los mecanismos necesarios genere en la persona la conciencia de no continuar la comisión delictiva (formas de lidiar con la exclusión que le lleva a cometer la conducta, etc...); y por otro lado, la rehabilitación directamente vinculada a cuestiones relativas a su discapacidad que se relacionan con el primer aspecto. En tanto se trata de personas con discapacidad, y en consecuencia la exclusión a la que están expuestas en el entorno social es doble, es indispensable que en su rehabilitación no solo se cuente con personal genérico especializado en rehabilitación sino también con personal de la sociedad civil que evidentemente puede contribuir a la eficacia de la rehabilitación. El objetivo último debe ser, en todo caso, el logro de la inclusión social.

En cuanto al aspecto último, sucede algo similar a los anteriores. Es importante para asegurar la reinserción y la no reincidencia que en los programas fuera del centro haya una adecuada colaboración de la sociedad civil en este proceso.

Evidentemente no resulta sencillo que una norma de este tipo plantee la oportunidad de permitir la contribución de la sociedad civil, no obstante atendiendo los argumentos anteriores resulta pertinente plasmarlo en algún sentido.

Propuesta

Modificar la redacción considerando los apuntes anteriores.

Texto de la norma

1. Para garantizar un adecuado nivel de asistencia, los Establecimientos o Unidades de Salud Mental penitenciarias dispondrán, al menos, de un Equipo multidisciplinar, integrado por los psiquiatras, psicólogos, médicos generales, enfermeros y trabajadores sociales que sean necesarios para prestar la asistencia especializada que precisen los pacientes internados en aquéllos.

También contarán con los profesionales y el personal auxiliar necesario para la ejecución de los programas de rehabilitación.

2. La Administración Penitenciaria solicitará la colaboración necesaria de otras Administraciones Públicas con competencia en la materia para que el tratamiento médico de los internos continúe, si es necesario, después de su puesta en libertad y para que se garantice una adecuada asistencia médica y social postpenitenciaria, así como para que los enfermos cuya situación personal y procesal lo permita puedan ser integrados en los programas de rehabilitación y en las estructuras intermedias existentes en el modelo comunitario de atención a la salud mental. Igualmente, adoptarán todas las medidas necesarias para lograr su inclusión en la sociedad e instarán, en su caso, el establecimiento de planes personalizados de apoyo en los casos en que resulte necesario.

.- NORMA. Real Decreto 1990/1996, Reglamento Penitenciario. Art. 186.

Contenido

1. En el momento de ingresar, el paciente será atendido por el facultativo de guardia, quien, a la vista de los informes del Centro de procedencia y del resultado de su reconocimiento, dispondrá lo conveniente respecto al destino de aquél a la dependencia más adecuada y al tratamiento a seguir hasta que sea reconocido por el psiquiatra.

2. El equipo que atienda al paciente deberá presentar un informe a la Autoridad judicial correspondiente, en el que se haga constar la propuesta que se formula sobre cuestiones como el diagnóstico y la evolución observada con el tratamiento, el juicio pronóstico que se formula, la necesidad del mantenimiento, cese o sustitución del internamiento, la separación, el traslado a otro Establecimiento o Unidad Psiquiátrica, el programa de rehabilitación, la aplicación de medidas especiales de ayuda o tratamiento, así como las que hubieran de tenerse en cuenta para el momento de la salida de aquél del Centro.

Comentario

Si bien es cierto que muchas de las personas internas requieren tratamiento psiquiátrico, también lo es que no en todos los casos es así, y esta disposición parece omitir esta idea en tanto que no prevé otro tipo de situaciones. Esto resulta

especialmente particular en cuanto hace a la situación de personas con discapacidad intelectual como pueden ser personas con trisomía XXI o personas con síndrome de costello (por citar un ejemplo), que no requieren tratamiento psiquiátrico. En estos dos casos, las personas que cometan una conducta punible y sean inimputables atendiendo su falta de apreciación de la realidad y en consecuencia sean sometidas a una medida de seguridad en un centro psiquiátrico, carecerían de mecanismos previstos para su diagnóstico de rehabilitación adecuado. De más está decir que si la apreciación planteada es correcta, en los casos que he mencionado, se podría actualizar el supuesto de sometimiento a tratos inhumanos y degradantes.

Por otro lado, y en relación con el tratamiento médico en general es imprescindible aclarar en este precepto que el mismo necesita, con carácter general, el consentimiento del internamiento de acuerdo con la normativa vigente en el ámbito sanitario (que incluye la prestación de apoyos, y contempla en supuesto en que la persona precisa apoyos obligatorios). En todo caso, y dada la relación de sujeción especial que todos los internos tienen con la Administración Penitenciaria también en el caso del internamiento en una Unidad o Centro de Salud Mental se podrá imponer un tratamiento en contra de la voluntad del paciente en los supuestos de “urgencia vital” previstos en el art. 210 del Reglamento Penitenciario y con las mismas garantías. Este precepto establece que *“1. El tratamiento médico-sanitario se llevará a cabo siempre con el consentimiento informado del interno. Sólo cuando exista peligro inminente para la vida de éste se podrá imponer un tratamiento contra la voluntad del interesado, siendo la intervención médica la estrictamente necesaria para intentar salvar la vida del paciente y sin perjuicio de solicitar la autorización judicial correspondiente cuando ello fuese preciso. De estas actuaciones se dará conocimiento a la Autoridad judicial. 2. La intervención médico-sanitaria también podrá realizarse sin el consentimiento del paciente cuando el no hacerlo suponga un peligro evidente para la salud o la vida de terceras personas. De estas actuaciones se dará conocimiento a la Autoridad judicial. 3. Cuando por criterio facultativo se precise el ingreso del interno en un Centro hospitalario y no se cuente con la autorización del paciente, la Administración Penitenciaria solicitará de la Autoridad judicial competente la autorización del ingreso de detenidos, presos o penados en un Centro hospitalario, salvo en caso de urgencia en que la comunicación a dicha Autoridad se hará posteriormente de forma inmediata”*.

Propuesta

Modificar la redacción.

Texto de la norma

1. En el momento de ingresar, la persona será atendida por el facultativo de guardia, quien, a la vista de los informes del Centro de procedencia y del resultado de su reconocimiento, dispondrá lo conveniente respecto al destino de aquél a la dependencia más adecuada y al tratamiento a seguir hasta que sea reconocido por un equipo multidisciplinar integrado por psiquiatras, psicólogos, médicos generales, enfermeros y trabajadores sociales.

2. El equipo que atienda a la persona deberá presentar un informe a la Autoridad judicial correspondiente, en el que se haga constar la propuesta que se formula sobre cuestiones como el diagnóstico y la evolución observada con el tratamiento, el juicio pronóstico que se formula, la necesidad del mantenimiento, cese o sustitución del internamiento, la separación, el traslado a otro Establecimiento o Unidad de Salud Mental, el programa de rehabilitación, la aplicación de medidas especiales de ayuda o

tratamiento, así como las que hubieran de tenerse en cuenta para el momento de la salida de aquél del Centro.

3. El tratamiento médico se llevará siempre a cabo con el consentimiento informado del interno de acuerdo con lo establecido en la legislación sanitaria aplicable al efecto, lo que implica que el interno deberá contar con los apoyos precisos para poder expresar su voluntad en relación con el tratamiento.

4. En todo caso, podrá imponerse un tratamiento en contra de la voluntad del interno en los mismos casos y con las mismas garantías establecidas en el art. 210 de este Reglamento.

.- NORMA. Real Decreto 1990/1996, Reglamento Penitenciario. Art. 187.

Contenido

1. La peculiaridad del internamiento de los enajenados reclama una información periódica para el debido control judicial, a cuyo efecto la situación personal del paciente será revisada, al menos, cada seis meses por el Equipo multidisciplinar, emitiendo un informe sobre su estado y evolución.

2. El informe a que se hace referencia en el apartado anterior, así como el previsto en el artículo 186 serán remitidos al Ministerio Fiscal a los efectos procedentes.

Comentario

Se considera que debe eliminarse utilizarse el término enajenado. Igualmente, el plazo de los seis meses puede resultar excesivo.

Propuesta

La redacción puede permanecer, sustituyéndose el término enajenado por personas con trastorno mental y reduciendo el plazo de los 6 meses para el informe.

Texto de la norma

1. La peculiaridad del internamiento de las personas con trastorno mental reclama una información periódica para el debido control judicial, a cuyo efecto la situación personal del paciente será revisada, al menos, cada dos meses por el Equipo multidisciplinar, emitiendo un informe sobre su estado y evolución.

2. El informe a que se hace referencia en el apartado anterior, así como el previsto en el artículo 186 serán remitidos al Ministerio Fiscal a los efectos procedentes.

.- NORMA. Real Decreto 1990/1996, Reglamento Penitenciario. Art. 188.

Contenido

1. La separación en los distintos departamentos de que consten los Establecimientos o Unidades se hará en atención a las necesidades asistenciales de cada paciente.

2. Las restricciones a la libertad personal del paciente deben limitarse a las que sean necesarias en función del estado de salud de aquél o del éxito del tratamiento.

3. El empleo de medios coercitivos es una medida excepcional, que sólo podrá ser admitida por indicación del facultativo y durante el tiempo mínimo imprescindible previo al efecto del tratamiento farmacológico que esté indicado, debiéndose respetar, en todo momento, la dignidad de la persona.

Incluso en los supuestos en que médicamente se considere que no hay alternativa alguna a la aplicación de los medios expresados, la medida debe ser puntualmente

puesta en conocimiento de la Autoridad judicial de la que dependa el paciente, dándose traslado documental de su prescripción médica.

4. Las disposiciones de régimen disciplinario contenidas en este Reglamento no serán de aplicación a los pacientes internados en estas instituciones.

Comentario

Debe revisarse la norma para extremar las exigencias de justificación de la adopción de medidas coercitivas, incidir en su carácter excepcional, y aumentar los controles en su aplicación

Propuesta

Modificación del texto normativo.

Texto de la norma

1. La separación en los distintos departamentos de que consten los Establecimientos o Unidades de Salud Mental se hará en atención a las necesidades asistenciales de cada paciente.

2. Las restricciones a la libertad personal del paciente serán únicamente las expresamente señaladas en la resolución judicial que decrete el internamiento. Estas restricciones deberán justificarse individualmente en cada caso y serán únicamente aquellas estrictamente necesarias para la preservación de la integridad física y mental de la persona y deberán revisarse periódicamente.

3. El empleo de medios coercitivos es una medida excepcional, que sólo podrá ser admitida por razones de urgencia para evitar un daño grave e inminente a la propia persona o a terceros, por indicación del facultativo y durante el tiempo mínimo imprescindible previo al efecto del tratamiento farmacológico que esté indicado, debiéndose respetar, en todo momento, la dignidad de la persona. Las medidas coercitivas deberán ser las menos lesivas e invasivas para las personas afectadas deberán ser aplicadas por medios idóneos y deberán revisarse periódicamente en los intervalos señalados en los protocolos de actuación correspondientes.

Incluso en los supuestos en que médicamente se considere que no hay alternativa alguna a la aplicación de los medios expresados, la medida debe ser puntualmente puesta en conocimiento de la Autoridad judicial de la que dependa la persona, dándose traslado documental de su prescripción médica.

4. Las disposiciones de régimen disciplinario contenidas en este Reglamento no serán de aplicación a los pacientes internados en estas instituciones.

.- NORMA. Real Decreto 1990/1996, Reglamento Penitenciario. Art. 189.

Contenido

“Con el fin de incrementar las posibilidades de desinstitucionalización de la población internada y facilitar su vuelta al medio social y familiar, así como su integración en los recursos sanitarios externos, en los Establecimientos o Unidades se establecerá, con soporte escrito, una programación general de actividades rehabilitadoras, así como programas individuales de rehabilitación para cada paciente, no debiendo limitarse la aplicación de estas medidas a quienes presenten mayores posibilidades de reinserción laboral o social, sino abarcando también a aquellos que, aun teniendo más dificultades para su reinserción, puedan, no obstante, mejorar, mediante la aplicación de los correspondientes tratamientos, aspectos tales como la autonomía personal y la integración social.

Comentario

Las disposiciones de este artículo relativas a los programas de rehabilitación con miras a la desinstitucionalización parecen acogerse a las disposiciones previstas por la Convención a lo largo de su texto.

No obstante, sería importante que esos programas fueran también considerados como promotores de la autonomía, para no quedarse en un enfoque propio del modelo médico-rehabilitador.

Por otro lado, el empleo del término “paciente” parece prestarse a confusión en tanto no resulta claro si hace referencia a personas con discapacidad que se les considere “enfermos”, o si se refiere en general a la población interna. En cualquier caso, la utilización de este término no parece pertinente.

Propuesta

Los programas de actividades deben ser promotores de la autonomía.

Sería útil sustituir el término “paciente” por “persona”.

Texto de la norma

Con el fin de incrementar las posibilidades de desinstitucionalización de la población internada y facilitar su inclusión en el medio social y familiar, así como su integración en los recursos sanitarios externos, en los Establecimientos o Unidades se establecerá, con soporte escrito, una programación general de actividades rehabilitadoras, de formación y de capacitación así como programas individuales para cada paciente, no debiendo limitarse la aplicación de estas medidas a quienes presenten mayores posibilidades de reinserción laboral o social, sino abarcando también a aquellos que, aun teniendo más dificultades para su reinserción, puedan, no obstante, mejorar, mediante la aplicación de los correspondientes tratamientos, aspectos tales como la autonomía personal y la integración social.

.- NORMA. Real Decreto 1990/1996, Reglamento Penitenciario. Art. 190.

Contenido

Las comunicaciones con el exterior de los pacientes se fijarán en el marco del programa individual de rehabilitación de cada uno de aquéllos, indicando el número de comunicaciones y salidas, la duración de las mismas, las personas con quienes los pacientes puedan comunicar y las condiciones en que se celebren las mencionadas comunicaciones.

Comentario

Considerando el contexto del artículo, que se refiere a las comunicaciones con el exterior de los pacientes, a la luz de la Convención es importante tener en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad para asegurar que podrán disfrutar del acceso a los medios que les permitan la comunicación prevista. A este efecto, el artículo 2 de la Convención define lo que se entiende por comunicación y entre otras cosas incluye el braille.

Si bien estos centros en el ámbito de la discapacidad involucran la mental y la intelectual, puede haber concurrencia de discapacidades en algunas personas (una persona con una discapacidad mental que sea sorda, por citar un ejemplo)

Propuesta

Añadir un párrafo que especifique que tratándose de personas con discapacidad se les proporcionará los medios para facilitar el acceso a la comunicación prevista en el programa de rehabilitación que como pacientes estén cursando.

Texto de la norma

Las comunicaciones con el exterior de las personas internadas se fijarán en el marco del programa individual de rehabilitación de cada uno de aquéllos, indicando el número de comunicaciones y salidas, la duración de las mismas, las personas con quienes los pacientes puedan comunicar y las condiciones en que se celebren las mencionadas comunicaciones. Estas condiciones deberán establecerse atendiendo a la situación y necesidades de las personas internadas e incluirán, en su caso, la celebración de las comunicaciones en entornos y en formatos accesibles y la realización de ajustes razonables. El establecimiento de un régimen de comunicaciones más restrictivo que le establecido en las normas generales penitenciarias deberá ser especialmente justificado.

.- NORMA. Real Decreto 1990/1996, Reglamento Penitenciario. Art. 191.

Contenido

“Para fijar la ubicación y el diseño de las instalaciones psiquiátricas, deberán tenerse en cuenta, como elementos determinantes, factores tales como los criterios terapéuticos, la necesidad de favorecer el esparcimiento y la utilización del ocio por parte de los pacientes internados, así como la disposición de espacio suficiente para el adecuado desarrollo de las actividades terapéuticas y rehabilitadoras.

La Administración Penitenciaria procurará que la distribución territorial de las instalaciones psiquiátricas penitenciarias favorezca la rehabilitación de los enfermos a través del arraigo en su entorno familiar, mediante los correspondientes acuerdos y convenios con las Administraciones sanitarias competentes”.

Comentario

A la luz de lo dispuesto en el artículo 14 de la Convención, relativo a la libertad y seguridad de la persona, que prevé que en caso de privación de libertad de personas con discapacidad, estas sean tratadas conforme a los principios de la Convención incluyendo la prestación de ajustes razonables, la redacción vigente parece omitir la consideración sobre la situación de las personas con discapacidad privadas de libertad y en consecuencia los ajustes razonables o la previsión de instalaciones accesibles, supuesto que podría incurrir en la disposición prevista en la Convención respecto de la definición de “discriminación por motivos de discapacidad”. Igualmente, es importante considerar el hecho de que pueden existir personas con discapacidad que mas allá de los ajustes puedan requerir rehabilitación específica derivada de su situación específica, con la que deberían poder contar.

Propuesta

Añadir una redacción que incluya la previsión de considerar las necesidades de las personas con discapacidad en esta disposición, adoptando un enfoque social y no sólo médico o rehabilitador

Añadir en la redacción el término “personas con discapacidad”.

Texto de la norma

Para fijar la ubicación y el diseño de las instalaciones de Salud Mental, deberán tenerse en cuenta, como elementos determinantes, factores tales como los criterios terapéuticos, la necesidad de favorecer el esparcimiento y la utilización del ocio por parte de las personas internadas, así como la disposición de espacio suficiente para el adecuado desarrollo de las actividades terapéuticas y rehabilitadoras y de aquellas orientadas a favorecer la inclusión social de las personas cuando estas recuperen su libertad.

La Administración Penitenciaria procurará que la distribución territorial de las instalaciones de salud mental penitenciarias favorezca la rehabilitación y la inclusión social de los enfermos a través del arraigo en su entorno familiar, mediante los correspondientes acuerdos y convenios con las Administraciones públicas competentes.

4.2.10. Régimen de internamiento en instituciones psiquiátricas o médicas y tratamientos involuntarios.

- NORMA. Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil. Art. 763.

Contenido

“Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico.

1. El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.

La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal.

En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del art. 757 de la presente Ley.

2. El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.

3. Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oír a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el art. 758 de la presente Ley.

En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación.

4. En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al

tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente.

Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior.

Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente”.

Comentario

En esta norma se disponen las reglas y procedimientos a que ha de sujetarse el internamiento no voluntario. La Convención, en su art. 12, reconoce que las personas con discapacidad poseen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que todas las demás, lo que conlleva un cambio de paradigma en el tratamiento que tradicionalmente se le ha otorgado a este fenómeno. En el caso de la discapacidad que deriva de enfermedad mental, ha sido usual que se haya propuesto una limitación rigurosa a la autonomía individual. De ese modo, una de las cuestiones que directamente está vinculada a este tipo de discapacidad es el internamiento psiquiátrico, que lejos de disponerse como un mecanismo excepcional, en no pocas ocasiones se convierte en una cuestión medular dentro del sistema integral de atención a personas con discapacidad psíquica producto de enfermedad mental. Es aquí donde cobra especial relevancia el dilema ético, toda vez que el internamiento involuntario supone una negación de la capacidad que posee la persona para emitir un juicio válido respecto a la necesidad de recibir el tratamiento que se presta en un recinto cerrado de tipo psiquiátrico.

Esto claramente exige una revisión de dicha figura a la luz de la Convención -a propósito del manejo ético y normativo que se brinda a esta práctica-, comoquiera que el internamiento, sea voluntario o no, comporta una limitación agresiva de la autonomía de la persona que puede suponer una afrenta considerable a su dignidad.

En la actualidad, tal como está formulada la precitada medida de protección resulta contradictoria con los postulados convencionales. Lo anterior, deberá conllevar a optar por un replanteamiento de la medida no sólo en lo que tiene que ver con su denominación y particular naturaleza, sino también en lo que tiene que ver con los criterios que sirven para justificar la misma, garantías, controles, privación de otros derechos, aplicación de tratamientos etc. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en sus Observaciones Finales sobre el Informe presentado por España ha recomendado al Estado español “que revise sus disposiciones legislativas que autorizan la privación de libertad por motivos de discapacidad, incluidas las discapacidades mentales, psicológicas o intelectuales; que derogue las disposiciones que autorizan el internamiento forzoso a causa de una incapacidad manifiesta o diagnosticada, y que adopte medidas para que los servicios médicos, incluyendo todos los servicios relacionados con la salud mental, se basen en el consentimiento otorgado con conocimiento de causa por el interesado”.

De acuerdo con esta observación, lo más apropiado sería suprimir este precepto. La derogación del precepto exigiría abordar en la legislación especializada pertinente al efecto en qué situaciones que, en todo caso deberán ser definidas en términos neutrales en relación con la discapacidad, una persona puede ser ingresada sin su consentimiento.

Una segunda opción consistiría en modificar sustancialmente este precepto. Su reforma exigiría, en todo caso, sustituir el término internamiento que parece aludir a una sanción por el de ingreso, eliminar la referencia al trastorno psíquico definiendo igualmente en términos neutrales las situaciones en las que puede considerarse justificado el ingreso no consentido. En ambos casos resulta esencial que se extremen los controles periódicos, las garantías y el respeto de los derechos de las personas privadas de libertad con especial atención a los tratamientos médicos aplicados. Igualmente, resulta necesario que se establezcan los apoyos necesarios en relación con el consentimiento.

Propuesta

Derogación del precepto o en su caso modificación de su contenido.

Texto de la norma

“Ingreso no voluntario

1. Sólo se podrá decretar el ingreso de una persona en una institución para cuidados o tratamiento médico o asistencial sin su consentimiento en las siguientes situaciones:

1) En situaciones de salud pública o emergencia sanitaria decretadas por el Poder Ejecutivo o autoridad competente;

2) En situaciones de grave e inminente riesgo de muerte o de lesión grave e irreparable para la integridad física o psíquica de la persona o riesgo grave e inminente para terceros cuando la persona no esté en condiciones de decidirlo por sí misma y siempre y cuando se demuestre que ninguna otra medida menos restrictiva es posible o efectiva. La existencia del riesgo grave o inminente deberá acreditarse de forma fehaciente. La existencia de una discapacidad o de necesidad de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica nunca podrá ser prueba suficiente para acreditar la concurrencia del mencionado riesgo.

2. El ingreso de una persona sin su consentimiento requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el ingreso. La autorización será previa a dicho ingreso salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el ingreso deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de doce horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de veinticuatro horas desde que el ingreso llegue a conocimiento del tribunal.

En los casos de ingresos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el ingreso. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del art. 757 de la presente Ley.

2. El ingreso de menores se realizará siempre en un establecimiento adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.

3. Para conceder la autorización o ratificar el ingreso que ya se ha efectuado, el tribunal dará siempre audiencia a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo ingreso se trate, contar con un dictamen médico de un facultativo por él designado distinto o independiente de aquél donde la persona se encuentra ingresada, con un dictamen psicológico y con un dictamen de trabajador social que de forma unánime determinen la necesidad del ingreso.

En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el art. 758 de la presente Ley. En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el ingreso será susceptible de recurso de apelación.

4. En la misma resolución que acuerde el ingreso se determinará de forma precisa y detallada el tratamiento médico o asistencial a llevarse a cabo, el profesional o equipo responsable, la modalidad, el tiempo necesario y el mecanismo control del mismo. Cualquier otra práctica o tratamiento no autorizado en la sentencia judicial que sea objeto la persona se considerará falta grave del profesional o equipo responsable. En esta resolución se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente.

Los informes periódicos serán emitidos al menos cada dos meses, a no ser que el tribunal, atendida la situación que motivó el internamiento, señale un plazo inferior. Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del ingreso.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el ingreso darán el alta a la persona y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente

.- NORMA: LEY 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Artículo 4 y 5

Contenido

Artículo 4. Derecho a la información asistencial.

1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle.

Artículo 5. Titular del derecho a la información asistencial.

1. El titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita.

2. El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal.

3. Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la

información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

4. El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho.

Comentario

En general, el precepto hace una diferenciación entre los titulares y los destinatarios del derecho a la información sanitaria. El titular de derecho a ser informado recae en el paciente, y los destinatarios de la información pueden ser: el titular, si cuenta con “capacidad natural suficiente”, o las personas vinculadas a él por lazos de parentesco o de hecho siempre, que el paciente los autorice de manera expresa o tácita (art. 5.1)

Propuesta

Suprimir el art. 5.2, de conformidad a lo establecido en el art.12 de la Convención. Implementar medidas de apoyo para garantizar la accesibilidad de la información recibida. Además de suprimir los términos utilizados como “incapacitación”.

Texto de la norma

Artículo 4. Derecho a la información asistencial

1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información se proporcionará en el formato que sea más conveniente y accesible al usuario o paciente, dejando constancia en la historia clínica, y comprenderá, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma accesible, comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

3. Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de los apoyos que se consideren necesarios para la comprensión de esta información.

4. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle y de asegurar, en su caso, el adecuado funcionamiento de los apoyos recibidos.

Artículo 5. Titular del derecho a la información asistencial.

1. El titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita. Entre las personas vinculadas al paciente por razones de hecho, se incluirán los asistentes personales o las

personas que ejerzan funciones de apoyo de conformidad con un plan personalizado de apoyos para el ejercicio de la capacidad

2. El paciente será informado, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, en un formato accesible y atendiendo a sus necesidades, que incluirán el uso, reconocimiento y prestación de medidas de apoyo, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal o a las personas que ejerzan funciones de apoyo.

3. Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste se encuentre en una situación que no le permite comprender la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares, de hecho o, en su caso, a la establecida en el plan personalizado de apoyo a la capacidad.

4. El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho.

.- NORMA: LEY 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Artículo 8

Contenido

“Consentimiento informado:

1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el [artículo 4](#), haya valorado las opciones propias del caso.

2. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

3. El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.

4. Todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud.

5. El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento.”

Comentario

Observamos que en los numerales 2, 3 y 5 se repiten las formas de expresar el consentimiento, ya sea escrito o verbal, de este modo se excluye a las personas que se comunican a través de un lenguaje distinto al sistema tradicional, por ejemplo, las personas sordas que no pueden comunicarse a través del lenguaje verbal. Estos artículos manifiestan el desconocimiento del heterogéneo mundo de la discapacidad.

Esta normativa es incompatible con la Convención, de conformidad a lo manifestado en su Art.21.

Propuesta

En virtud del principio de accesibilidad contemplado en la Convención, sugerimos implementar de manera expresa los ajustes en la comunicación de las personas con discapacidad sensorial, con el objeto de ejercer sin tropiezo alguno, el derecho al consentimiento informado. También es necesaria la referencia a los apoyos.

Texto de la norma

“Consentimiento informado:

1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el [artículo 4](#), haya valorado las opciones propias del caso.
2. El consentimiento, como regla general, se proporcionará verbalmente, utilizando en su caso los ajustes razonables y los apoyos necesarios. Sin embargo, se prestará por escrito, o por un medio de comunicación comprensible, archivable y documentable, en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.
3. El consentimiento escrito, o por un medio de comunicación comprensible, archivable y documentable, del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.
4. Todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud.
5. El paciente puede revocar libremente por escrito o por cualquier medio comprensible, archivable y documentable su consentimiento en cualquier momento.
6. La prestación de consentimiento, o su revocación, dada por una persona que cuente con un plan personalizado de apoyo a la capacidad jurídica será válida siempre y cuando se haya ajustado a éste

.- NORMA: *Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Art. 9*

Contenido

- Art. 9: Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación.

1. La renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención.
2. Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:

a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.

b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos.

Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

4. La interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.

5. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento.»

Comentario

Este artículo fija las directrices generales del consentimiento informado, el cual funge como principio básico y cardinal de la actividad médica.

La norma establece una regulación que, en principio, está orientada a proteger la vida e integridad del paciente. Sin embargo, es una cuestión que debe ser previamente matizada en atención a que mediante la misma se puede privar a las personas, de manera injustificada, del derecho que tienen a decidir sobre su propia salud y bienestar así como sobre la aceptación o no de los procedimientos médicos o quirúrgicos que se le van a practicar. Por esa razón, en determinadas circunstancias es necesario que se adopten los mecanismos de apoyo necesarios para que dicha decisión pueda ser tomada por el propio titular del bien jurídico y sólo en casos excepcionales, por terceras personas y siempre con respeto a la identidad y la historia de vida del paciente.

En ese orden de ideas, se recomienda la derogación del literal b del referido artículo 9,3°, toda vez que está diseñado sobre la base del modelo de sustitución de la voluntad.

De otro lado, el numeral 4° reza que la interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y de técnicas de reproducción asistida se regirán por lo dispuesto sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales en esta materia. Comoquiera que este apartado se encuentra incluido dentro del acápite que se refiere al consentimiento por representación se puede inferir que dichas prácticas estarían establecidas solo para quienes gocen de capacidad legal plena. Si esto es así, es una cuestión que claramente resultaría discriminatoria, toda vez que la norma estaría efectuando una distinción arbitraria, sin que mediase ningún tipo de justificación, lo que claramente vulneraría el artículo 23° de la Convención que trata de la protección de los derechos reproductivos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones.

Entonces, podrán efectuarse restricciones al ejercicio de las referidas prácticas médicas (interrupción voluntaria del embarazo, ensayos clínicos y técnicas de reproducción asistida) no en razón a la discapacidad, sino a la existencia de situaciones objetivas que impidan prestar adecuadamente el consentimiento. Por eso en este ámbito específico los medios de apoyo resultan indispensables (acceso a la información, mecanismos para comprobar que la información se ha comprendido) para la conformación de la voluntad y en últimas para el ejercicio de la autonomía.

El numeral 4 ha sido reformado por la LO 2/2010.

Por su parte, el numeral 5 ha sido modificado por la Ley de adaptación normativa a la Convención. En todo caso, se considera necesario diferenciar la cuestión del consentimiento por representación y el consentimiento con apoyos y referir la accesibilidad de la información a todas las situaciones y no sólo a las situaciones de discapacidad.

Propuesta

Se debe realizar una redacción que señale que las personas que lo precisen contarán con los apoyos necesarios para el ejercicio de su renuncia a recibir información así como para prestar su consentimiento. En ningún caso se privará a las personas con discapacidad de manifestar su renuncia a recibir información, por motivos de discapacidad, de conformidad con el Art. 5 de la Convención.

Se sugiere la derogación del literal b del artículo 3° de la Ley 41 de 2002 y una nueva regulación del consentimiento por representación y del consentimiento con apoyos obligatorios.

Asimismo, se sugiere la modificación del numeral 5° del artículo 9°. La obligación de facilitar la información en formatos adecuados, accesibles y de usar apoyos para su comprensión y la prestación del consentimiento ya ha sido contemplada en preceptos anteriores. En todo caso, esta obligación no debe limitarse a las personas con discapacidad y no debe regularse vinculada al consentimiento por representación.

Texto de la norma

- Art. 9: Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación

1. La renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente, una vez que haya contado con los apoyos necesarios, manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención.

2. Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:

a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.

b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares, a las personas de apoyo y a las personas vinculadas de hecho a él. La decisión deberá respetar la identidad de la persona y tener en cuenta su historia de vida y sus circunstancias personales y sociales.

3. Se otorgará el consentimiento por representación cuando, siendo el paciente menor de edad, no haya sido posible trasladar a éste información suficiente sobre el alcance de la intervención, después de utilizados los medios de comunicación adecuados a sus necesidades. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos.

Cuando se trate de menores emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo o cuando el menor precise de apoyos intensos, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

4. La interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.

5. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario”.

4.2.11. Derechos del paciente

.- NORMA. Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Art. 9.

Contenido

Los poderes públicos deberán informar a los usuarios de los servicios del sistema sanitario público, o vinculados a él, de sus derechos y deberes.

Comentario

Pese a que el artículo no hace alusión expresa a la capacidad, el acceso a la información es uno de los instrumentos adecuados para el disfrute general de los derechos que tengan que ver con la salud, intimidad, etc. Por lo tanto, una interpretación sistemática del artículo 9º junto con el artículo 3º de la Convención -que trata de la prohibición de la discriminación por el hecho de la discapacidad-, permite concluir que el precepto en mención carece del requisito de la accesibilidad de la información que se

va a suministrar, lo que conlleva a la necesidad de adecuar el mismo a los términos convencionales.

Propuesta

Modificación de la norma con el fin de que se establezca que dicha información deberá ser accesible y ser facilitada en términos comprensibles para el destinatario.

Texto de la norma

“Los poderes públicos deberán informar a los usuarios de los servicios del sistema sanitario público, o vinculados a él, de sus derechos y deberes. La información deberá facilitarse en formatos accesibles y se establecerán los ajustes razonables necesarios para facilitar su comprensión. Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y a la prestación de las medidas de apoyo que puedan necesitar para comprender la información facilitada.”

.- NORMA: Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Artículos 10 y 11.

Contenido

Artículo 10. Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias:

- 1. Al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que pueda ser discriminado por su origen racial o étnico, por razón de género y orientación sexual, de discapacidad o de cualquier otra circunstancia personal o social.*
- 2. A la información sobre los servicios sanitarios a que puede acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso. La información deberá efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad....*
- 4. A ser advertido de si los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación, que, en ningún caso, podrá comportar peligro adicional para su salud. En todo caso será imprescindible la previa autorización y por escrito del paciente y la aceptación por parte del médico y de la Dirección del correspondiente Centro Sanitario.*
- 5. A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.*
- 6. A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos:*
 - (...)*
 - b) Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas.*
 - (...)*

11. A que quede constancia por escrito de todo su proceso. Al finalizar la estancia del usuario en una Institución hospitalaria, el paciente, familiar o persona a él allegada recibirá su Informe de Alta.

12. A utilizar las vías de reclamación y de propuesta de sugerencias en los plazos previstos. En uno u otro caso deberá recibir respuesta por escrito en los plazos que reglamentariamente se establezcan.

(...)

Artículo 11. Serán obligaciones de los ciudadanos con las instituciones y organismos del sistema sanitario:

(...)

4. Firmar el documento de alta voluntaria en los casos de no aceptación del tratamiento. De negarse a ello, la Dirección del correspondiente Centro Sanitario, a propuesta del facultativo encargado del caso, podrá dar el alta.

Comentario

Los apartados 1 y 2 del art. 10 se han modificado recientemente por la Ley de adaptación normativa a la Convención. Sin embargo, resulta necesario introducir otras reformas en este precepto. En este sentido, es imprescindible la referencia expresa a los apoyos. Además, este artículo señala que en los casos de procedimiento de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos, estos pueden ser utilizados en función de un proyecto docente de investigación. Sin embargo, en este caso, es necesaria la autorización previa, y por escrito. Siendo esto así, parecería que este artículo restringe la forma de aceptación a la vía escrita, por lo que se le impide a muchas personas con discapacidad poder expresar su consentimiento por otra vía y, por tanto, acceder a este tipo de procedimientos. Por tal motivo, el artículo es incompatible con la Convención. También debe modificarse en este sentido el art. 11 apartado 4.

Propuesta

Modificación de los preceptos.

Texto de la norma

“Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias:

1. Al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que pueda ser discriminado por su origen racial o étnico, por razón de género y orientación sexual, de discapacidad o de cualquier otra circunstancia personal o social.

2. A la información sobre los servicios sanitarios a que puede acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso. La información deberá efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles para todas las personas, incluidas las personas con discapacidad.

4. A ser advertido de si los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente de investigación, que, en ningún caso, podrá comportar peligro

adicional para su salud. En todo caso será imprescindible la previa autorización, a través de cualquier medio de comunicación comprensible, archivable y documentable, del paciente y la aceptación por parte del médico y de la dirección del correspondiente centro sanitario”.

5. A que se le dé en términos comprensibles y de forma accesible en el formato adecuado, a él y a sus familiares o allegados, entre los que se incluyen a las personas que ejerzan la función de apoyo, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.

5'. Al reconocimiento, uso y prestación de los apoyos y medidas necesarias en el proceso de toma de decisión.

6. A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito o por cualquier medio comprensible, archivable y documentable que permita conocer la voluntad inequívoca del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos:

(...)

b) Cuando su situación clínica le impida tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas.

(...)

11. A que quede constancia por escrito o en un formato accesible de todo su proceso. Al finalizar la estancia del usuario en una Institución hospitalaria, el paciente, familiar o persona a él allegada recibirá su Informe de Alta en un formato accesible.

12. A utilizar las vías de reclamación y de propuesta de sugerencias en los plazos previstos. En uno u otro caso deberá recibir respuesta por escrito o en un formato accesible en los plazos que reglamentariamente se establezcan.

(...)

Artículo 11. Serán obligaciones de los ciudadanos con las instituciones y organismos del sistema sanitario:

(...)

4. Firmar por cualquier medio que sea comprensible, archivable y documentable y que permita conocer la voluntad inequívoca el documento de alta voluntaria en los casos de no aceptación del tratamiento. De negarse a ello, la Dirección del correspondiente Centro Sanitario, a propuesta del facultativo encargado del caso, podrá dar el alta.

.- NORMA: Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Art. 2:

Contenido

“Principios básicos.

1. La dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad orientarán toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica.

2. Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley.

3. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles.

4. Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito.

5. Los pacientes o usuarios tienen el deber de facilitar los datos sobre su estado físico o sobre su salud de manera leal y verdadera, así como el de colaborar en su obtención, especialmente cuando sean necesarios por razones de interés público o con motivo de la asistencia sanitaria.

6. Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente.

7. La persona que elabore o tenga acceso a la información y la documentación clínica está obligada a guardar la reserva debida”.

Comentario

Los numerales 2 y 4 aluden a la forma escrita, tanto para aceptar un tratamiento, como negarse a su realización. En este sentido, conviene diferenciar en este punto la forma de aceptar o de rechazar, de su constancia. Es contrario a la Convención la exigencia de una forma escrita, ya que esto impide a muchas personas con discapacidad que tal vez puedan expresar su consentimiento o rechazo por otra vía.

Propuesta

Modificación de este artículo, haciendo más extensiva la forma de aceptación y rechazo respetando y comprendiendo el heterogéneo mundo de la discapacidad y contemplando los apoyos. Se debe incluir que la aceptación puede ser entendida por cualquier medio comprensible por el cual se exprese inequívocamente su voluntad (ejemplo lenguaje de señas), todo ello en conformidad a lo que establece el art.21 de la Convención.

Texto de la norma

“Principios básicos.

1. La dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad orientarán toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica.

2. Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. Las personas físicas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de las medidas de apoyo que resulten necesarias para prestar su consentimiento. La persona que cuente con un plan personalizado de apoyo para el ejercicio de la capacidad podrá prestar su consentimiento de acuerdo con dicho plan. El consentimiento, que debe obtenerse

después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por cualquier medio de comunicación comprensible que pueda ser archivado y documentado.

3. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada en un formato accesible adaptado a sus necesidades, entre las opciones clínicas disponibles.

4. Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por cualquier medio de comunicación comprensible que pueda ser archivado y documentado.

5. Los pacientes o usuarios tienen el deber de facilitar los datos sobre su estado físico o sobre su salud de manera leal y verdadera, así como el de colaborar en su obtención, especialmente cuando sean necesarios por razones de interés público o con motivo de la asistencia sanitaria.

6. Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente. Deberá asegurarse que la información esté adaptada a las necesidades y sea accesible para las personas y los usuarios. Igualmente debe garantizar que en el proceso de obtención del consentimiento no haya ninguna interferencia indebida y se haya contado con los apoyos necesarios.

7. La persona que elabore o tenga acceso a la información y la documentación clínica está obligada a guardar la reserva debida”.

.- NORMA: LEY 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Artículo 3

Contenido

Artículo 3. Las definiciones legales.

A efectos de esta Ley se entiende por:

(...)

Consentimiento informado: la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud.

(...)

Libre elección: la facultad del paciente o usuario de optar, libre y voluntariamente, entre dos o más alternativas asistenciales, entre varios facultativos o entre centros asistenciales, en los términos y condiciones que establezcan los servicios de salud competentes, en cada caso.

Comentario/Propuesta

Debe reformularse la definición de consentimiento informado y de libertad de elección para adecuar esta norma a la Convención. Así, el consentimiento se puede manifestar por escrito o por cualquier otro medio que permita conocer la voluntad inequívoca de la persona. En este proceso de libre elección, la información debe ser accesible y se debe garantizar que la persona con discapacidad ha contado con los apoyos necesarios en el proceso de toma de decisión.

Texto de la norma

Artículo 3. Las definiciones legales.

A efectos de esta Ley se entiende por:

(...)

Consentimiento informado: la conformidad libre y voluntaria de un paciente, manifestada de manera inequívoca ya sea por escrito o por cualquier otro medio comprensible, archivable y documentable que permita conocer la voluntad inequívoca de la persona, después de haber recibido los apoyos necesarios y la información adecuada, en un formato accesible y atendiendo a sus necesidades, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud.

(...)

Libre elección: la facultad del paciente o usuario de optar, libre y voluntariamente, después de haber recibido los apoyos necesarios y la información adecuada, en un formato accesible y atendiendo a sus necesidades, entre dos o más alternativas asistenciales, entre varios facultativos o entre centros asistenciales, en los términos y condiciones que establezcan los servicios de salud competentes, en cada caso.

.- NORMA: LEY 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Artículo 4 y 5

Contenido

Artículo 4. Derecho a la información asistencial.

1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle.

Artículo 5. Titular del derecho a la información asistencial.

1. El titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita.

2. El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal.

3. Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

4. El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho.

Comentario

En general, el precepto hace una diferenciación entre los titulares y los destinatarios del derecho a la información sanitaria. El titular de derecho a ser informado recae en el paciente, y los destinatarios de la información pueden ser: el titular, si cuenta con “capacidad natural suficiente”, o las personas vinculadas a él por lazos de parentesco o de hecho siempre, que el paciente los autorice de manera expresa o tácita (art. 5.1)

Propuesta

Suprimir el art. 5.2, de conformidad a lo establecido en el art.12 de la Convención. Implementar medidas de apoyo para garantizar la accesibilidad de la información recibida. Además de suprimir los términos utilizados como “incapacitación”.

Texto de la norma

Artículo 4. Derecho a la información asistencial

1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información se proporcionará en el formato que sea más conveniente y accesible al usuario o paciente, dejando constancia en la historia clínica, y comprenderá, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma accesible, comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

3. Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de los apoyos que se consideren necesarios para la comprensión de esta información.

4. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle y de asegurar, en su caso, el adecuado funcionamiento de los apoyos recibidos.

Artículo 5. Titular del derecho a la información asistencial.

1. El titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita. Entre las personas vinculadas al paciente por razones de hecho, se incluirán los asistentes personales o las personas que ejerzan funciones de apoyo de conformidad con un plan personalizado de apoyos para el ejercicio de la capacidad

2. El paciente será informado, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, en un formato accesible y atendiendo a sus necesidades, que incluirán el uso, reconocimiento y prestación de medidas de apoyo, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal o a las personas que ejerzan funciones de apoyo.

3. Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares, de hecho o, en su caso, a la establecida en el plan personalizado de apoyo a la capacidad.

4. El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho.

.- NORMA: LEY 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Artículo

8

Contenido

“Consentimiento informado:

1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el [artículo 4](#), haya valorado las opciones propias del caso.

2. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

3. El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo

la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.

4. Todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud.

5. El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento.”

Comentario

Observamos que en los numerales 2, 3 y 5 se repiten las formas de expresar el consentimiento, ya sea escrito o verbal, de este modo se excluye a las personas que se comunican a través de un lenguaje distinto al sistema tradicional, por ejemplo, las personas sordas que no pueden comunicarse a través del lenguaje verbal. Estos artículos manifiestan el desconocimiento del heterogéneo mundo de la discapacidad.

Esta normativa es incompatible con la Convención, de conformidad a lo manifestado en su Art.21.

Propuesta

En virtud del principio de accesibilidad contemplado en la Convención, sugerimos implementar de manera expresa los ajustes en la comunicación de las personas con discapacidad sensorial, con el objeto de ejercer sin tropiezo alguno, el derecho al consentimiento informado. También es necesaria la referencia a los apoyos.

Texto de la norma

“Consentimiento informado:

1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el [artículo 4](#), haya valorado las opciones propias del caso.

2. El consentimiento, como regla general, se proporcionará verbalmente, utilizando en su caso los ajustes razonables y los apoyos necesarios. Sin embargo, se prestará por escrito, o por un medio de comunicación comprensible, archivable y documentable, en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

3. El consentimiento escrito, o por un medio de comunicación comprensible, archivable y documentable, del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.

4. Todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud.

5. El paciente puede revocar libremente por escrito o por cualquier medio comprensible, archivable y documentable su consentimiento en cualquier momento.

6. La prestación de consentimiento, o su revocación, dada por una persona que cuente con un plan personalizado de apoyo a la capacidad jurídica será válida siempre y cuando se haya ajustado a éste”

.- NORMA: *Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Art. 9*

Contenido

- Art. 9: Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación.

1. La renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención.

2. Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:

a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.

b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos.

Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

4. La interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.

5. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo

pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento.»

Comentario

Este artículo fija las directrices generales del consentimiento informado, el cual funge como principio básico y cardinal de la actividad médica.

La norma establece una regulación que, en principio, está orientada a proteger la vida e integridad del paciente. Sin embargo, es una cuestión que debe ser previamente matizada en atención a que mediante la misma se puede privar a las personas, de manera injustificada, del derecho que tienen a decidir sobre su propia salud y bienestar así como sobre la aceptación o no de los procedimientos médicos o quirúrgicos que se le van a practicar. Por esa razón, en determinadas circunstancias es necesario que se adopten los mecanismos de apoyo necesarios para que dicha decisión pueda ser tomada por el propio titular del bien jurídico y sólo en casos excepcionales, por terceras personas y siempre con respeto a la identidad y la historia de vida del paciente.

En ese orden de ideas, se recomienda la derogación del literal b del referido artículo 9,3°, toda vez que está diseñado sobre la base del modelo de sustitución de la voluntad.

De otro lado, el numeral 4° reza que la interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y de técnicas de reproducción asistida se regirán por lo dispuesto sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales en esta materia. Comoquiera que este apartado se encuentra incluido dentro del acápite que se refiere al consentimiento por representación se puede inferir que dichas prácticas estarían establecidas solo para quienes gocen de capacidad legal plena. Si esto es así, es una cuestión que claramente resultaría discriminatoria, toda vez que la norma estaría efectuando una distinción arbitraria, sin que mediase ningún tipo de justificación, lo que claramente vulneraría el artículo 23° de la Convención que trata de la protección de los derechos reproductivos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones.

Entonces, podrán efectuarse restricciones al ejercicio de las referidas prácticas médicas (interrupción voluntaria del embarazo, ensayos clínicos y técnicas de reproducción asistida) no en razón a la discapacidad, sino a la existencia de situaciones objetivas que impidan prestar adecuadamente el consentimiento. Por eso en este ámbito específico los medios de apoyo resultan indispensables (acceso a la información, mecanismos para comprobar que la información se ha comprendido) para la conformación de la voluntad y en últimas para el ejercicio de la autonomía.

El numeral 4 ha sido reformado por la LO 2/2010.

Por su parte, el numeral 5 ha sido modificado por la Ley de adaptación normativa a la Convención. En todo caso, se considera necesario diferenciar la cuestión del consentimiento por representación y el consentimiento con apoyos y referir la accesibilidad de la información a todas las situaciones y no sólo a las situaciones de discapacidad.

Propuesta

Se debe realizar una redacción que señale que las personas que lo precisen contarán con los apoyos necesarios para el ejercicio de su renuncia a recibir información así como para prestar su consentimiento. En ningún caso se privará a las personas con discapacidad de manifestar su renuncia a recibir información, por motivos de discapacidad, de conformidad con el Art. 5 de la Convención.

Se sugiere la derogación del literal b del artículo 3° de la Ley 41 de 2002 y una nueva regulación del consentimiento por representación y del consentimiento con apoyos obligatorios.

Asimismo, se sugiere la modificación del numeral 5° del artículo 9°. La obligación de facilitar la información en formatos adecuados, accesibles y de usar apoyos para su comprensión y la prestación del consentimiento ya ha sido contemplada en preceptos anteriores. En todo caso, esta obligación no debe limitarse a las personas con discapacidad y no debe regularse vinculada al consentimiento por representación.

Texto de la norma

- Art. 9: Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación

1. La renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente, una vez que haya contado con los apoyos necesarios, manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención.

2. Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:

a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máxime 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.

b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares, a las personas de apoyo y a las personas vinculadas de hecho a él. La decisión deberá respetar la identidad de la persona y tener en cuenta su historia de vida y sus circunstancias personales y sociales.

3. Se otorgará el consentimiento por representación cuando, siendo el paciente menor de edad, no haya sido posible trasladar a éste información suficiente sobre el alcance de la intervención, después de utilizados los medios de comunicación adecuados a sus necesidades. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos.

Cuando se trate de menores emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo o cuando el menor precise de apoyos intensos, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

4. La interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.

5. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario”.

.- NORMA: LEY 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Artículo 10

Contenido

Artículo 10. Condiciones de la información y consentimiento por escrito.

1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:

a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.

b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.

c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.

d) Las contraindicaciones.

2. El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente.

Comentario/Propuesta

La adecuación de esta norma a lo establecido en la Convención pasa por exigir al médico responsable que garantice la presencia de apoyos y de una información accesible y adaptada a las necesidades de la persona con discapacidad. De igual manera, se debe admitir que el consentimiento se manifieste por cualquier medio que permita conocer la voluntad inequívoca de una persona.

Texto de la norma

Artículo 10. Condiciones de la información y consentimiento por escrito

1. Antes de recabar su consentimiento por escrito o por cualquier otro medio comprensible, archivable y documentable, que muestre su voluntad inequívoca, el facultativo proporcionará al paciente o a las personas con las que tenga una relación familiar o de hecho, de conformidad con lo establecido en esta Ley, la información básica siguiente:

a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.

b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.

c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.

d) Las contraindicaciones.

2. El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito o por cualquier otro medio comprensible, archivable y documentable, que muestre la voluntad inequívoca del paciente.

.- NORMA: LEY 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Artículo 11.

Contenido

“Instrucciones previas:

1. Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.

2. Cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito.

3. No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la lex artis, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones.

4. Las instrucciones previas podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito.

5. Con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro nacional de instrucciones previas que se registrará por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.”

Comentario

En términos generales, un documento de instrucciones previas o “testamento vital” es una ratificación a la autonomía de la voluntad de las personas, como diseñadores de los cursos de su vida o de la muerte como su prolongación. No obstante, contrario a los términos de la Convención, la ley exige que la declaración de la voluntad y su posterior retractación, sea realizada por mayores de edad, que sean plenamente capaces y en lenguaje escrito. Estas circunstancias previstas en los numerales 2 y 4 del artículo 11, son incompatibles con los términos de la Convención. En primer lugar, el requisito de la capacidad estaría condicionado a la sentencia judicial que la modifique.

Este sistema, además de ser concebido bajo el modelo médico-rehabilitador que trata la discapacidad, también prevé la posibilidad de sustitución de las decisiones de las personas desconociendo la plena capacidad de las personas con diversidad funcional. En segundo lugar, no prevé mecanismos de apoyo en las decisiones de acuerdo con los parámetros exigidos en el artículo 12 de la Convención.

Propuesta

La modificación de la norma que comprenderá:

- .- El reconocimiento expreso de la plena capacidad de las personas con diversidad funcional.
- .- Se hace necesario implementar ajustes en la comunicación de las personas y de esta manera garantizar este derecho a todas las personas de conformidad a lo establecido en el artículo 21 de la Convención

Texto de la norma

"Instrucciones previas:

1. *Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad manifiesta anticipadamente su voluntad, con el objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en las que no le sea posible expresar dicha voluntad personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.*
- 1.bis. *Para otorgar el documento de instrucciones previas, las personas contarán con los apoyos necesarios. El documento de instrucciones previas otorgado por una persona que cuente con un plan personalizado de apoyo a la capacidad, de conformidad con dicho plan, será válido*
2. *Cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre en la historia clínica ya sea por escrito o por cualquier otro medio que permita manifestar la voluntad inequívoca de la persona.*
3. *No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la lex artis, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones.*
4. *Las instrucciones previas podrán revocarse libremente, por cualquier medio que sea comprensible y que refleje la voluntad inequívoca del otorgante. La persona que precise de apoyos obligatorios podrá otorgar el documento siempre que cuente con la asistencia debida.*
5. *Con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, se creará*

en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro nacional de instrucciones previas que se registrará por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.”

.- NORMA: *Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Art. 12.*

Contenido

.- Art. 12. Garantía de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo.

“Se garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones que se determinan en esta Ley. Estas condiciones se interpretarán en el modo más favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de la mujer que solicita la intervención, en particular, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación”.

Comentario

El artículo busca garantizar el acceso de la mujer a la interrupción voluntaria del embarazo, para lo que considera pertinente hacerlo a la luz de aspectos como el género, y la no discriminación. Considerando que para la Convención, la situación de la mujer y de las niñas con discapacidad está rodeada de múltiples formas de discriminación (Art 6) y que para evitar esta situación, debe garantizarse el reconocimiento y ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones, resultaría pertinente adicionar una perspectiva más incluyente en la redacción actual.

Propuesta

Se deberá añadir: “incluida la no discriminación por motivos de discapacidad”. De conformidad a lo estipulado en el Art.5 de la Convención. En todo caso puede entenderse dentro de lo estipulado en la norma.

.- NORMA: *- Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Art. 13.*

Contenido

- Art. 13. Requisitos comunes.

“Son requisitos necesarios de la interrupción voluntaria del embarazo:

Primero. Que se practique por un médico especialista o bajo su dirección.

Segundo. Que se lleve a cabo en centro sanitario público o privado acreditado.

Tercero. Que se realice con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, de conformidad con lo establecido en la [Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica](#).

Podrá prescindirse del consentimiento expreso en el supuesto previsto en el [artículo 9.2.b de la referida Ley](#).

Cuarto. En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a

ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad.

Al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer.

Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo”.

Comentario

El artículo establece como requisito para la interrupción voluntaria del embarazo, entre otros, que se otorgue el consentimiento por escrito de la mujer o en su caso, mediante representante legal conforme a lo dispuesto por la ley de autonomía del paciente.

Conforme a esta previsión, y con base en la redacción actual de la ley de autonomía del paciente (que se ha analizado en otro punto), se parte del supuesto de que en general, mujeres con discapacidades psíquicas, mentales, o intelectuales, únicamente podrían otorgar este consentimiento mediante un representante, escenario que resulta peculiar, tratándose de una cuestión ligada a aspectos reproductivos e íntimos. Es indudable, que estas previsiones atienden a la concepción de la discapacidad como una cuestión médica, lejana a un modelo social de la discapacidad como cuestión de derechos humanos. Además la forma de cómo debe ser prestado el consentimiento también es excluyente al no considerar a otros colectivos del mundo de la discapacidad, como por ejemplo a las mujeres sordas que no se dan a entender por escrito.

En este sentido, las previsiones de la ley vigente, contravienen lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención y en el artículo 2 de la misma, relativo a la definición de discriminación por motivos de discapacidad. Igualmente se alejan de lo dispuesto en el artículo 5, relativo a la igualdad y no discriminación.

Propuesta

Añadir una redacción que señale que se contará, cuando sea preciso, con los apoyos necesarios para el ejercicio de este derecho en igualdad de condiciones respetando la autonomía de la voluntad, todo ello de conformidad al Art.12 de la Convención

Además deberán de añadirse distintas modalidades de poder expresar el consentimiento, y no solamente por escrito, como se establece en la actualidad. Todo ello de conformidad con el art.21 de la Convención.

Texto de la norma

- Art. 13. Requisitos comunes.

“Son requisitos necesarios de la interrupción voluntaria del embarazo:

Primero. Que se practique por un médico especialista o bajo su dirección.

Segundo. Que se lleve a cabo en centro sanitario público o privado acreditado.

Tercero. Que se realice con el consentimiento expreso manifestado por cualquier medio comprensible de conformidad con lo establecido en la [Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica](#). El

consentimiento efectuado de conformidad con un plan personalizado de apoyo al ejercicio de la capacidad será válido

Podrá prescindirse del consentimiento expreso en el supuesto previsto en el [artículo 9.2.b de la referida Ley](#).

Cuarto. En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad.

Al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer.

Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo”.

Quinto: En el caso de que se trate de mujeres que lo precisen se reconocerán y prestarán los apoyos necesarios para que puedan expresar su consentimiento. En este caso, debe ser informado el Ministerio Fiscal.

Sexto: En el caso de que se trate de mujeres que no pueden expresar por ningún medio su voluntad sólo podrá otorgarse el consentimiento por la persona que desempeñe apoyos obligatorios en el caso de que el embarazo pueda ocasionar a la mujer un daño irreparable, siempre respetando su identidad, historia de vida, y circunstancias personales y sociales. En este caso, será necesaria la autorización del Ministerio Fiscal.

.- NORMA: *Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Arts. 14 y 15.*

Contenido

.- Art 14. *Interrupción del embarazo a petición de la mujer.*

“Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurran los requisitos siguientes:

c. Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en los apartados 2 y 4 del [artículo 17 de esta Ley](#).

d. Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención”.

.- Art. 15. *Interrupción por causas médicas.*

“Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

d. Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen.

e. Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen

emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija.

f. Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico”.

Comentario

El presente artículo establece las excepciones por las cuales el embarazo podrá interrumpirse en un periodo distinto. Entre estas causas, las dos últimas redundan en discriminación por motivos de discapacidad.

Evidentemente esta disposición se funda en un modelo médico rehabilitador, en el que se concibe a la discapacidad como una cuestión de salud/enfermedad y de incompatibilidad con una vida digna.

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, partiendo del entendimiento de que la discriminación por motivos de discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherente del ser humano; promueve por una parte un modelo social en el que la discapacidad no es considerada una cuestión individual sino un producto de la interacción entre la persona y un entorno con barreras, y por otra un modelo en el que las personas con discapacidad forman parte de la diversidad de la condición humana. Derivado de estos paradigmas, el fenómeno de la discapacidad es una cuestión social, y no del individuo, y en el mismo sentido, la dignidad de la persona no se basa en su “deficiencia” o ausencia de ella, sino en el hecho de ser humano.

Propuesta

Se deberá modificar la norma.

Texto de la norma

Art 14. Interrupción del embarazo a petición de la mujer.

Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurren los requisitos siguientes:

a. Que se haya informado, de manera accesible y atendiendo a sus necesidades, a la mujer embarazada, la cual contará con los apoyos necesarios que precise, sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en los apartados 2 y 4 del [artículo 17 de esta Ley](#).

b. Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención.

Art. 15. Interrupción por causas médicas.

Excepcionalmente, y siempre que medie el consentimiento expreso conforme al establecido en el artículo 13 de la presente Ley, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

a. Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica

especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento, según lo dispuesto en la Ley 41/2002.

b. Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por dos médicos o médicas especialistas, distintos del que practique la intervención y así lo confirme un comité clínico”.

.- NORMA: Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Art. 17.

Contenido

.- Art. 17. Información previa al consentimiento de la interrupción voluntaria del embarazo.

“1. Todas las mujeres que manifiesten su intención de someterse a una interrupción voluntaria del embarazo recibirán información sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, las condiciones para la interrupción previstas en esta Ley, los centros públicos y acreditados a los que se pueda dirigir y los trámites para acceder a la prestación, así como las condiciones para su cobertura por el servicio público de salud correspondiente.

2. En los casos en que las mujeres opten por la interrupción del embarazo regulada en el [artículo 14](#) recibirán, además, un sobre cerrado que contendrá la siguiente información:

a. Las ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto.

b. Los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos e hijas; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento.

c. Datos sobre los centros disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro.

d. Datos sobre los centros en los que la mujer pueda recibir voluntariamente asesoramiento antes y después de la interrupción del embarazo.

Esta información deberá ser entregada en cualquier centro sanitario público o bien en los centros acreditados para la interrupción voluntaria del embarazo. Junto con la información en sobre cerrado se entregará a la mujer un documento acreditativo de la fecha de la entrega, a los efectos de lo establecido en el [artículo 14 de esta Ley](#).

La elaboración, contenidos y formato de esta información será determinada reglamentariamente por el Gobierno.

3. En el supuesto de interrupción del embarazo previsto en la letra b del [artículo 15 de esta Ley](#), la mujer recibirá además de la información prevista en el apartado primero de este artículo, información por escrito sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas existentes de apoyo a la autonomía de las personas con alguna discapacidad, así como la red de organizaciones sociales de asistencia social a estas personas.

4. En todos los supuestos, y con carácter previo a la prestación del consentimiento, se habrá de informar a la mujer en los términos de los [artículos 4 y 10 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, y específicamente sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo](#).

5. La información prevista en este artículo será clara, objetiva y comprensible. En el caso de las personas con discapacidad, se proporcionará en formatos y medios accesibles, adecuados a sus necesidades.

Se comunicará, en la documentación entregada, que dicha información podrá ser ofrecida, además, verbalmente, si la mujer lo solicita”.

Comentario/Propuesta

Con base en los argumentos y propuestas expuestos previamente, carecería de sentido la redacción del numeral 3 de este artículo.

Se deberán añadir en el último párrafo del numeral 5° otras formas de comunicación, además de las tradicionales (escrita y verbal). De esta manera estaremos respetando la heterogeneidad del mundo de la discapacidad. Todo ello de conformidad a lo estipulado en el art. 12 de la Convención.

Texto de la norma

.- Art. 17. Información previa al consentimiento de la interrupción voluntaria del embarazo.

“1. Todas las mujeres que manifiesten su intención de someterse a una interrupción voluntaria del embarazo recibirán información, en formato accesible, sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, las condiciones para la interrupción previstas en esta Ley, los centros públicos y acreditados a los que se pueda dirigir y los trámites para acceder a la prestación, así como las condiciones para su cobertura por el servicio público de salud correspondiente.

2. En los casos en que las mujeres opten por la interrupción del embarazo regulada en el [artículo 14](#) recibirán, además, un sobre cerrado que contendrá la siguiente información:

a. Las ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto.

b. Los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos e hijas; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento.

c. Datos sobre los centros disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro.

d. Datos sobre los centros en los que la mujer pueda recibir voluntariamente asesoramiento antes y después de la interrupción del embarazo.

Esta información deberá ser entregada en cualquier centro sanitario público o bien en los centros acreditados para la interrupción voluntaria del embarazo. Junto con la información en sobre cerrado se entregará a la mujer un documento acreditativo de la fecha de la entrega, a los efectos de lo establecido en el [artículo 14 de esta Ley](#).

La elaboración, contenidos y formato de esta información será determinada reglamentariamente por el Gobierno.

3. En todos los supuestos, y con carácter previo a la prestación del consentimiento, se habrá de informar a la mujer en los términos de los [artículos 4 y 10 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, y específicamente sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo](#).

4. La información prevista en este artículo será clara, objetiva y comprensible. En el caso de las personas con discapacidad, se proporcionará en formatos y medios accesibles, adecuados a sus necesidades.

Se comunicará, en la documentación entregada, que dicha información podrá ser ofrecida, además, verbalmente, si la mujer lo solicita”.

.- NORMA: Ley 30/1979 de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos.

Art. 4 b):

Contenido

«Artículo 4.

La obtención de órganos procedentes de un donante vivo, para su ulterior injerto o implantación en otra persona, podrá realizarse si se cumplen los siguientes requisitos:

a) Que el donante sea mayor de edad.

b) Que el donante goce de plenas facultades mentales y haya sido previamente informado de las consecuencias de su decisión. Esta información se referirá a las consecuencias previsibles de orden somático, psíquico y psicológico, a las eventuales repercusiones que la donación pueda tener sobre su vida personal, familiar y profesional, así como a los beneficios que con el trasplante se espera haya de conseguir el receptor.

c) Que el donante otorgue su consentimiento de forma expresa, libre y consciente, debiendo manifestarlo, por escrito, ante la autoridad pública que reglamentariamente se determine, tras las explicaciones del médico que ha de efectuar la extracción, obligado éste también a firmar el documento de cesión del órgano. En ningún caso podrá efectuarse la extracción sin la firma previa de este documento.

A los efectos establecidos en esta Ley, no podrá obtenerse ningún tipo de órganos de personas que, por deficiencias psíquicas o enfermedad mental o por cualquiera otra causa, no puedan otorgar su consentimiento expreso, libre y consciente.

d) Que el destino del órgano extraído sea su trasplante a una persona determinada, con el propósito de mejorar sustancialmente su esperanza o sus condiciones de vida, garantizándose el anonimato del receptor.

e) Si el donante fuese una persona con discapacidad que cumpla los requisitos previstos en los apartados anteriores, la información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que le resulten accesibles y comprensibles a su tipo de discapacidad.»

Comentario

Este artículo regula los requisitos para la obtención de órganos procedentes de donantes vivos. Ahora bien, en el inciso b) se señala que es requisito indispensable, además del requisito previsto en el inciso a) -que señala que deberá ser mayor de edad-, que el donante goce de plenas facultades mentales. Esta exigencia de gozar de plenas capacidades mentales resultaría innecesaria y puede resultar discriminatoria contra las personas con discapacidad, muchas ellas bajo el estigma de tener disminuida sus facultades mentales. En tal sentido, dicho artículo contraviene la Convención. Además el inciso c) exige la manifestación por escrito del consentimiento y aunque el inciso e),

introducido por la reciente Ley de adaptación normativa a la Convención, se refiere a las personas con discapacidad y las exigencias de accesibilidad no incluye la referencia expresa a los apoyos.

Propuesta

Modificación de la redacción del precepto

Texto de la norma

La obtención de órganos procedentes de un donante vivo, para su ulterior injerto o implantación en otra persona, podrá realizarse si se cumplen los siguientes requisitos:

- a) Que el donante sea mayor de edad.*
- b) Que el donante esté plenamente informado de las consecuencias de su decisión. Esta información se referirá a las consecuencias previsibles de orden somático, psíquico y psicológico, a las eventuales repercusiones que la donación pueda tener sobre su vida personal, familiar y profesional, así como a los beneficios que con el transplante se espera haya de conseguir el receptor.*
- c) Que el donante otorgue su consentimiento a través de algún medio comprensible, archivable y documentable ante la autoridad pública que reglamentariamente se determine, tras las explicaciones del médico que ha de efectuar la extracción, obligado éste también a firmar el documento de cesión del órgano. En ningún caso podrá efectuarse la extracción sin la firma previa de este documento.*
- d) Que el destino del órgano extraído sea su transplante a una persona determinada, con el propósito de mejorar sustancialmente su esperanza o sus condiciones de vida, garantizándose el anonimato del receptor.*
- e) La información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que le resulten accesibles y comprensibles para todas las personas incluidas las personas con discapacidad.*
- f) Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de los apoyos necesarios para otorgar el consentimiento. La persona que cuente con plan personalizado de apoyos para el ejercicio de la capacidad deberá adecuar las decisiones relacionadas con la donación de sus órganos a lo establecido en dicho plan. Estas decisiones deberán, en todo caso, ser puestas en conocimiento del Ministerio Fiscal quien deberá comprobar el efectivo y adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo de acuerdo a lo dispuesto en el arts. 200 y ss. del Código civil. De las personas que se encuentren en una situación que les impide conformar o expresar su voluntad por ningún medio no se podrá obtener ningún tipo de órgano.*

.- NORMA: *Ley 30/1979 de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos.*

Art. 6.

Contenido

El responsable de la unidad médica en que haya de realizarse el trasplante solo podrá dar su conformidad si se cumplen los siguientes requisitos:

a) *Que el receptor sea plenamente consciente del tipo de intervención que va a efectuarse, conociendo los posibles riesgos y las previsibles ventajas que, tanto física como psíquicamente, puedan derivarse del trasplante.*

b) *Que el receptor sea informado de que se han efectuado en los casos precisos los necesarios estudios inmunológicos de histocompatibilidad u otros que sean procedentes, entre donante y futuro receptor, efectuados por un laboratorio acreditado por el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. La información deberá efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad.*

c) *Que el receptor exprese por escrito u otro medio adecuado a su discapacidad, su consentimiento para la realización del trasplante cuando se trate de un adulto jurídicamente responsable de sus actos, o por sus representantes legales, padres o tutores, si estuviera incapacitado o en caso de menores de edad. En el caso de que el receptor sea una persona con discapacidad, deberán tenerse en cuenta las circunstancias personales del individuo, su capacidad para tomar dicha decisión en concreto y contemplarse la prestación de apoyo para la toma de estas decisiones. Tratándose de personas con discapacidad con necesidades de apoyo para la toma de decisiones, se estará a la libre determinación de la persona una vez haya dispuesto de los apoyos y asistencias adecuados a sus concretas circunstancias.”*

Comentario

Este artículo, reformado también por la Ley de adaptación normativa a la Convención, si bien incluye la adopción de medidas de apoyo para la prestación del consentimiento, continúa haciendo referencia a la figura del incapaz y considera que en este caso el consentimiento debe ser prestado por sus representantes legales. Además la adopción de medidas de apoyo y de accesibilidad no debería referirse únicamente a las personas con discapacidad.

Propuesta

Modificación del precepto.

Texto de la norma

El responsable de la unidad médica en que haya de realizarse el trasplante solo podrá dar su conformidad si se cumplen los siguientes requisitos:

a) *Que el receptor sea plenamente consciente del tipo de intervención que va a efectuarse, conociendo los posibles riesgos y las previsibles ventajas que, tanto física como psíquicamente, puedan derivarse del trasplante.*

b) *Que el receptor sea informado de que se han efectuado en los casos precisos los necesarios estudios inmunológicos de histocompatibilidad u otros que sean procedentes, entre donante y futuro receptor, efectuados por un laboratorio acreditado por el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. La información deberá efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten*

accesibles y comprensibles para todas las personas, incluidas las personas con discapacidad.

c) Que el receptor exprese por escrito u otro medio comprensible, archivable y documentable, su consentimiento para la realización del trasplante.

d) Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de los apoyos necesarios para otorgar el consentimiento. El consentimiento otorgado por una persona que cuenta con un plan personalizado de apoyo, deberá realizarse conforme a lo establecido en dicho plan. En el caso de personas que precisen apoyo el consentimiento deberá ser puesto en conocimiento del Ministerio Fiscal que deberá comprobar el adecuado y efectivo funcionamiento de las medidas de apoyo de conformidad con lo establecido en el arts. XXXX del Código civil.

e) En el caso de los menores de edad el consentimiento será otorgado por sus padres o representantes legales.»

.- NORMA: Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica. Art. 4.1 y 4.2

Contenido

1. Se respetará la libre autonomía de las personas que puedan participar en una investigación biomédica o que puedan aportar a ella sus muestras biológicas, para lo que será preciso que hayan prestado previamente su consentimiento expreso y escrito una vez recibida la información adecuada.

La información se proporcionará por escrito y comprenderá la naturaleza, importancia, implicaciones y riesgos de la investigación, en los términos que establece esta Ley.

La información se prestará a las personas con discapacidad en condiciones y formatos accesibles apropiados a sus necesidades.

Si el sujeto de la investigación no pudiera escribir, el consentimiento podrá ser prestado por cualquier medio admitido en derecho que permita dejar constancia de su voluntad.

2. Se otorgará el consentimiento por representación cuando la persona esté incapacitada legalmente o sea menor de edad, siempre y cuando no existan otras alternativas para la investigación.

La prestación del consentimiento por representación será proporcionada a la investigación a desarrollar y se efectuará con respeto a la dignidad de la persona y en beneficio de su salud.

Las personas incapacitadas y los menores participarán en la medida de lo posible y según su edad y capacidades en la toma de decisiones a lo largo del proceso de investigación.

3. Las personas que participen en una investigación biomédica podrán revocar su consentimiento en cualquier momento, sin perjuicio de las limitaciones que establece esta Ley. Las personas o entidades que hayan recibido dicho consentimiento dispondrán las medidas que sean necesarias para el efectivo ejercicio de este derecho.

4. La falta de consentimiento o la revocación del consentimiento previamente otorgado no supondrá perjuicio alguno en la asistencia sanitaria del sujeto.

5. *Toda persona tiene derecho a ser informada de sus datos genéticos y otros de carácter personal que se obtengan en el curso de una investigación biomédica, según los términos en que manifestó su voluntad. El mismo derecho se reconoce a la persona que haya aportado, con la finalidad indicada, muestras biológicas, o cuando se hayan obtenido otros materiales biológicos a partir de aquéllos.*

Se respetará el derecho de la persona a decidir que no se le comuniquen los datos a los que se refiere el apartado anterior, incluidos los descubrimientos inesperados que se pudieran producir. No obstante, cuando esta información, según criterio del médico responsable, sea necesaria para evitar un grave perjuicio para su salud o la de sus familiares biológicos, se informará a un familiar próximo o a un representante, previa consulta del comité asistencial si lo hubiera. En todo caso, la comunicación se limitará exclusivamente a los datos necesarios para estas finalidades.

Comentario

Este artículo restringe el derecho de ciertas personas, al no considerar su libertad de expresar sus deseos y opiniones. Por tanto estas personas son consideradas como “objeto” de investigación y no como sujetos de ella.

Se enfrenta al art. 12 de la Convención al utilizar el modelo de sustitución de la voluntad.

Propuesta

En relación con el apartado 1 habría que contemplar las medidas de apoyo y mejorar la exigencia de accesibilidad de la información y el consentimiento. En relación con el segundo habría que modificar, primero los términos que se utilizan para que sean más determinados y específicos (por ejemplo en relación a que “se le admite su participación durante su investigación en la “medida de lo posible”), con el objetivo de que se permita sin ningún requerimiento la participación de la persona con discapacidad.

Habría que suprimir el párrafo del encabezado del numeral 2 del artículo 4 al estar redactado en conformidad con el modelo de sustitución.

Debe suprimirse, en la misma línea, el término de incapacitación.

Texto de la norma

1. *Se respetará la libre autonomía de las personas que puedan participar en una investigación biomédica o que puedan aportar a ella sus muestras biológicas, para lo que será preciso que hayan prestado previamente su consentimiento expreso y escrito o por cualquier medio comprensible, archivable y documentable que permita dejar constancia de su voluntad, una vez recibida la información adecuada.*

La información se proporcionará en formatos accesibles, adecuados a las necesidades de la persona y comprenderá la naturaleza, importancia, implicaciones y riesgos de la investigación, en los términos que establece esta Ley

Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de los apoyos que resulten necesarios para la comprensión de la información y la

prestación del consentimiento. Las personas que cuenten con un plan personalizado de medidas de apoyo, deberán otorgar su consentimiento de conformidad con lo establecido en dicho plan.

“Consentimiento informado y derecho a la información.

“2. Se otorgará el consentimiento por representación cuando la persona sea menor de edad. En el caso de que una persona mayor de edad no pueda conformar o expresar por ningún medio su voluntad y preferencias y siempre y cuando no existan otras alternativas para la investigación el consentimiento podrá ser prestado por la persona que desempeña apoyos obligatorios.

La prestación del consentimiento por representación o por persona que desempeña apoyos obligatorios, será proporcionada a la investigación a desarrollar y se efectuará con respeto a la identidad de la persona, su historia de vida y sus circunstancias personales y sociales.

Los menores de edad participarán en la mayor medida posible y de acuerdo con sus condiciones de madurez en la toma de decisiones a lo largo de todo el proceso de investigación.

.- NORMA Ley 14/2007, Investigación Biomédica (art. 13)

Contenido

Artículo 13. Consentimiento.

La realización de una investigación sobre una persona requerirá el consentimiento expreso, específico y escrito de aquélla, o de su representante legal, de acuerdo con los principios generales enunciados en el artículo 4 de esta Ley.

Comentario/Propuesta

Se debe garantizar que las personas con discapacidad puedan expresar su voluntad por cualquier medio aceptado en Derecho para manifestar su voluntad inequívoca.

Texto de la norma

Artículo 13. Consentimiento.

La realización de una investigación sobre una persona requerirá su consentimiento expreso, específico por escrito o por cualquier medio comprensible, archivable y documentable que permita dejar constancia de su voluntad de acuerdo con los principios generales enunciados en el artículo 4 de esta Ley. Los mismos requisitos cumplirá el consentimiento otorgado por su representante legal o persona de apoyo.

.- NORMA Ley 14/2007, Investigación Biomédica (art. 15)

Contenido

Artículo 15. Información a los sujetos participantes en la investigación.

1. Las personas a las que se solicite su participación en un proyecto de investigación recibirán previamente la necesaria información, debidamente documentada y en forma comprensible y cuando se trate de personas con discapacidad de forma adecuada a sus circunstancias.

Comentario/Propuesta

Se debe garantizar en el proceso de toma de decisiones que las personas con discapacidad cuenten con los apoyos necesarios y que la información sea accesible y adaptada a las necesidades de la persona.

Texto de la norma

Artículo 15. Información a los sujetos participantes en la investigación.

Las personas a las que se solicite su participación en un proyecto de investigación recibirán previamente la necesaria información, debidamente documentada, en un formato accesible y en forma comprensible y adecuada a sus circunstancias. Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de los apoyos necesarios que faciliten la comprensión de dicha información.

.- NORMA: Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica. Art. 20.

Contenido

Protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento.

“1. La investigación sobre una persona menor o incapaz de obrar, salvo que, en atención a su grado de discernimiento, la resolución judicial de incapacitación le autorizase para prestar su consentimiento a la investigación, únicamente podrá ser realizada si concurren las siguientes condiciones:

a) Que los resultados de la investigación puedan producir beneficios reales o directos para su salud.

b) Que no se pueda realizar una investigación de eficacia comparable en individuos capaces de otorgar su consentimiento.

c) Que la persona que vaya a participar en la investigación haya sido informada de sus derechos y de los límites prescritos en esta Ley y la normativa que la desarrolle para su protección, a menos que esa persona no esté en situación de recibir la información.

d) Que los representantes legales de la persona que vaya a participar en la investigación hayan prestado su consentimiento por escrito, después de haber recibido la información establecida en el artículo 15. Los representantes legales tendrán en cuenta los deseos u objeciones previamente expresados por la persona afectada. En estos casos se actuará, además, conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 4 de esta Ley.

2. Cuando sea previsible que la investigación no vaya a producir resultados en beneficio directo para la salud de los sujetos referidos en el apartado 1 de este artículo, la investigación podrá ser autorizada de forma excepcional si concurren, además de los

requisitos contenidos en los párrafos b), c) y d) del apartado anterior, las siguientes condiciones:

a) Que la investigación tenga el objeto de contribuir, a través de mejoras significativas en la comprensión de la enfermedad o condición del individuo, a un resultado beneficioso para otras personas de la misma edad o con la misma enfermedad o condición, en un plazo razonable.

b) Que la investigación entrañe un riesgo y una carga mínimos para el individuo participante.

c) Que la autorización de la investigación se ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal”.

Comentario

En el numeral 1 del presente artículo se señala que sólo se podrá tener en cuenta el consentimiento por parte de la persona con discapacidad, si la resolución judicial de incapacitación le permite hacerlo. Sin embargo esta figura legal de la incapacitación es incompatible con la Convención, específicamente con su artículo 12.

Teniendo en cuenta que las resoluciones judiciales de incapacitación generalmente se limitan a nombrar al tutor, en la práctica lo que sucede es que en las investigaciones biomédicas no se tendrá en cuenta el consentimiento de la persona con discapacidad, sino que el representante legal es quien decidirá, tal como lo señala la letra d). Esta norma, al considerar la opinión de la persona con discapacidad únicamente cuando así se lo haya dispuesto el Juez, implicaría restringirle la posibilidad de decidir sobre un derecho personalísimo. En tal sentido, se le limitaría su capacidad jurídica de obrar, por lo que se estaría contraviniendo la Convención. Otra limitación sería en cuanto a la forma de otorgar el consentimiento, siendo ésta por escrito, restringiendo así la participación de otros colectivos del mundo heterogéneo de la discapacidad.

Propuesta

Habría que suprimir esta normativa, ya que el procedimiento de incapacitación y el modelo de sustitución, deberá de reemplazarse por el modelo de apoyo en la toma de decisiones, respetando al máximo la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad, sobre todo en este ámbito tan individual de los llamados “derechos personalísimos”.

Se hace necesario suprimir el lenguaje utilizado “incapaz de obrar. Esta adaptación se llevaría a cabo con la aplicación del artículo 12 de la Convención.

Modificar las formas de cómo se acepta el consentimiento, de conformidad a lo que establece el Art.12 de la Convención.

Texto de la norma

“1. La investigación sobre una persona menor o sobre una persona mayor de edad que no pueda conformar o expresar por ningún medio su voluntad y sus preferencias únicamente podrá ser realizada si concurren las siguientes condiciones:

a) Que los resultados de la investigación puedan producir beneficios reales o directos para su salud.

b) Que no se pueda realizar una investigación de eficacia comparable en individuos capaces de otorgar su consentimiento.

c) Que la persona que vaya a participar en la investigación haya sido informada por cualquier medio que le resulte comprensible de sus derechos y de los límites prescritos en esta Ley y la normativa que la desarrolle para su protección.

d) Que los representantes legales de la persona que vaya a participar en la investigación o las personas que desempeñen apoyos obligatorios hayan prestado su consentimiento por escrito o por cualquier medio comprensible, archivable y documentable, después de haber recibido la información establecida en el artículo 15. Los representantes legales y las personas de apoyo tendrán en cuenta los deseos u objeciones previamente expresados por la persona afectada, su identidad, su historia de vida y sus circunstancias personales y sociales. En estos casos se actuará, además, conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 4 de esta Ley.

2. Cuando sea previsible que la investigación no vaya a producir resultados en beneficio directo para la salud de los sujetos referidos en el apartado 1 de este artículo, la investigación podrá ser autorizada de forma excepcional si concurren, además de los requisitos contenidos en los párrafos b), c) y d) del apartado anterior, las siguientes condiciones:

a) Que la investigación tenga el objeto de contribuir, a través de mejoras significativas en la comprensión de la enfermedad o condición del individuo, a un resultado beneficioso para otras personas de la misma edad o con la misma enfermedad o condición, en un plazo razonable.

b) Que la investigación entrañe un riesgo y una carga mínimos para el individuo participante.

c) Que la autorización de la investigación se ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal”.

.- NORMA RD 2070/1999, Regula las Actividades de Obtención y Utilización Clínica de Órganos Humanos y la Coordinación Territorial en Materia de Donación y Trasplante de Órganos y Tejidos (art. 9)

Contenido

Artículo 9. Donante vivo de órganos: condiciones y requisitos.

1. La extracción de órganos procedentes de donantes vivos para su ulterior trasplante en otra persona podrá realizarse si se cumplen las siguientes condiciones y requisitos:

a) El donante debe ser mayor de edad, gozar de plenas facultades mentales y de un estado de salud adecuado.

b) Debe tratarse de un órgano o parte de él, cuya extracción sea compatible con la vida y cuya función pueda ser compensada por el organismo del donante de forma adecuada y suficientemente segura.

c) El donante habrá de ser informado previamente de las consecuencias de su decisión, debiendo otorgar su consentimiento de forma expresa, libre, consciente y desinteresada. La información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad.

d) No podrá realizarse la extracción de órganos de personas que, por deficiencias psíquicas, enfermedad mental o cualquier otra causa, no puedan otorgar su consentimiento en la forma indicada. Tampoco podrá realizarse la extracción de órganos a menores de edad, aun con el consentimiento de los padres o tutores.

e) El destino del órgano extraído será su trasplante a una persona determinada con el propósito de mejorar sustancialmente su pronóstico vital o sus condiciones de vida.

2. La extracción de órganos de donantes vivos se limitará a situaciones en las que puedan esperarse grandes posibilidades de éxito del trasplante y no se aprecie que se altere el libre consentimiento del donante a que se refiere el apartado 1 c) de este artículo. Será necesario un informe preceptivo del Comité de Ética del hospital trasplantador.

En ningún caso se extraerán ni se utilizarán órganos de donantes vivos cuando por cualquier circunstancia pudiera considerarse que media condicionamiento económico o de otro tipo, social o psicológico.

3. El estado de salud físico y mental del donante deberá ser acreditado por un médico distinto del o de los que vayan a efectuar la extracción y el trasplante, que informará sobre los riesgos inherentes a la intervención, las consecuencias previsibles de orden somático o psicológico, las repercusiones que pueda suponer en su vida personal, familiar o profesional, así como de los beneficios que con el trasplante se espera haya de conseguir el receptor.

Los anteriores extremos se acreditarán mediante un certificado médico que hará necesariamente referencia al estado de salud, a la información facilitada y a la respuesta y motivaciones libremente expresadas por el interesado y, en su caso, a cualquier indicio de presión externa al mismo. El certificado incluirá la relación nominal de otros profesionales que puedan haber colaborado en tales tareas con el médico que certifica.

4. Para proceder a la extracción de órganos de donante vivo, el interesado deberá otorgar por escrito su consentimiento expreso ante el juez encargado del Registro Civil de la localidad de que se trate, tras las explicaciones del médico que ha de efectuar la extracción y en presencia del médico al que se refiere el apartado 3 de este artículo, del médico responsable del trasplante y de la persona a la que corresponda dar la conformidad para la intervención, según figure en el documento de autorización del centro.

El documento de cesión donde se manifiesta la conformidad del donante será firmado por el interesado, el médico que ha de ejecutar la extracción y los demás asistentes. Cualquiera de ellos podrá oponerse eficazmente a la donación

si albergan duda sobre que el consentimiento del donante se ha manifestado de forma expresa, libre, consciente y desinteresada. De dicho documento de cesión deberá facilitarse copia al interesado.

En ningún caso podrá efectuarse la extracción de órganos sin la firma previa de este documento.

5. Entre la firma del documento de cesión del órgano y la extracción del mismo deberán transcurrir al menos veinticuatro horas, pudiendo el donante revocar su consentimiento en cualquier momento antes de la intervención sin sujeción a formalidad alguna. Dicha revocación no podrá dar lugar a ningún tipo de indemnización.

6. La extracción de órganos procedentes de donantes vivos sólo podrá realizarse en los centros sanitarios expresamente autorizados para ello por la autoridad sanitaria de la Comunidad Autónoma correspondiente. Las condiciones y requisitos que deberán reunir dichos centros son las que se señalan en el artículo 11 del presente Real Decreto.

7. No obstante lo dispuesto en el artículo 8, deberá facilitarse al donante vivo asistencia sanitaria para su restablecimiento.

Comentario/Propuesta

Esta norma regula las condiciones y requisitos que debe cumplir un donante vivo de órgano sólido. Las adaptaciones que debe sufrir la norma son varias ya que hasta ahora muchas personas con discapacidad no eran consideradas candidatas idóneas. Se debe eliminar la referencia a las ‘plenas facultades mentales’ ya que resulta discriminatorio. La modificación introducida por el Real Decreto de adaptación normativa a la Convención para incluir la obligación de dar la información y prestar consentimiento en formatos accesibles, aunque positiva, debe considerarse insuficiente, pues no hace referencia expresa a los apoyos.

Propuesta

Artículo 9. Donante vivo de órganos: condiciones y requisitos.

1. La extracción de órganos procedentes de donantes vivos para su ulterior trasplante en otra persona podrá realizarse si se cumplen las siguientes condiciones y requisitos:

a) El donante debe ser mayor de edad y gozar de un estado de salud adecuado.

b) Debe tratarse de un órgano o parte de él, cuya extracción sea compatible con la vida y cuya función pueda ser compensada por el organismo del donante de forma adecuada y suficientemente segura.

c) El donante habrá de ser informado previamente de las consecuencias de su decisión, debiendo otorgar su consentimiento de forma expresa, libre, consciente y desinteresada. La información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles para todas las personas, también para las personas con

discapacidad. El donante contará con la asistencia de todos los apoyos necesarios que requiera para otorgar su consentimiento.

d) No podrá realizarse la extracción de órganos de personas que no puedan otorgar su consentimiento. Tampoco podrá realizarse la extracción de órganos a menores de edad, aun con el consentimiento de los padres o tutores.

e) El destino del órgano extraído será su trasplante a una persona determinada con el propósito de mejorar sustancialmente su pronóstico vital o sus condiciones de vida.

2. La extracción de órganos de donantes vivos se limitará a situaciones en las que puedan esperarse grandes posibilidades de éxito del trasplante y no se aprecie que se altere el libre consentimiento del donante a que se refiere el apartado 1 c) de este artículo. Será necesario un informe preceptivo del Comité de Ética del hospital trasplantador.

En ningún caso se extraerán ni se utilizarán órganos de donantes vivos cuando por cualquier circunstancia pudiera considerarse que media condicionamiento económico o de otro tipo, social o psicológico.

3. El estado de salud del donante deberá ser acreditado por un médico distinto del o de los que vayan a efectuar la extracción y el trasplante, que informará de forma accesible y atendiendo a las necesidades de la persona sobre los riesgos inherentes a la intervención, las consecuencias previsibles de orden somático o psicológico, las repercusiones que pueda suponer en su vida personal, familiar o profesional, así como de los beneficios que con el trasplante se espera haya de conseguir el receptor.

Los anteriores extremos se acreditarán mediante un certificado médico que hará necesariamente referencia al estado de salud, a la información facilitada y a la respuesta y motivaciones libremente expresadas por el interesado y, en su caso, a cualquier indicio de presión externa al mismo. El certificado incluirá la relación nominal de otros profesionales que puedan haber colaborado en tales tareas con el médico que certifica.

4. Para proceder a la extracción de órganos de donante vivo, el interesado deberá otorgar por escrito o mediante otro formato que permita comprobar su voluntad inequívoca su consentimiento expreso ante el juez encargado del Registro Civil de la localidad de que se trate, tras las explicaciones del médico que ha de efectuar la extracción y en presencia del médico al que se refiere el apartado 3 de este artículo, del médico responsable del trasplante y de la persona a la que corresponda dar la conformidad para la intervención, según figure en el documento de autorización del centro.

El documento de cesión donde se manifiesta la conformidad del donante será firmado o validado de forma fehaciente para demostrar su voluntad inequívoca por el interesado, el médico que ha de ejecutar la extracción y los demás asistentes. Cualquiera de ellos podrá oponerse eficazmente a la donación si albergan duda sobre que el consentimiento del donante se ha manifestado de forma expresa, libre, consciente y desinteresada. De dicho documento de cesión deberá facilitarse copia al interesado.

En ningún caso podrá efectuarse la extracción de órganos sin la firma o la validación previa de este documento.

5. Entre la firma o validación del documento de cesión del órgano y la extracción del mismo deberán transcurrir al menos veinticuatro horas, pudiendo el donante revocar su consentimiento en cualquier momento antes de la intervención sin sujeción a formalidad alguna. Dicha revocación no podrá dar lugar a ningún tipo de indemnización.

6. La extracción de órganos procedentes de donantes vivos sólo podrá realizarse en los centros sanitarios expresamente autorizados para ello por la autoridad sanitaria de la Comunidad Autónoma correspondiente. Las condiciones y requisitos que deberán reunir dichos centros son las que se señalan en el artículo 11 del presente Real Decreto.

7. No obstante lo dispuesto en el artículo 8, deberá facilitarse al donante vivo asistencia sanitaria para su restablecimiento.

.- NORMA RD 2070/1999, Regula las Actividades de Obtención y Utilización Clínica de Órganos Humanos y la Coordinación Territorial en Materia de Donación y Trasplante de Órganos y Tejidos (art. 10)

Contenido

Artículo 10.Extracción de órganos de fallecidos: condiciones y requisitos.

1. La obtención de órganos de donantes fallecidos para fines terapéuticos podrá realizarse si se cumplen las condiciones y requisitos siguientes:

a) Que la persona fallecida, de la que se pretende extraer órganos, no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la extracción de órganos. Dicha oposición, así como su conformidad si la desea expresar, podrá referirse a todo tipo de órganos o solamente a alguno de ellos, y será respetada cualquiera que sea la forma en la que se haya expresado.

En el caso de que se trate de menores de edad o personas incapacitadas, la oposición podrá hacerse constar por quienes hubieran ostentado en vida de aquéllos su representación legal, conforme a lo establecido en la legislación civil.

b) Siempre que se pretenda proceder a la extracción de órganos de donantes fallecidos en un centro autorizado, la persona a quien corresponda dar la conformidad para la extracción o en quien delegue, según lo especificado en el artículo 11.3, deberá realizar las siguientes comprobaciones pertinentes:

1º Información sobre si el interesado hizo patente su voluntad a alguno de sus familiares o de los profesionales que le han atendido en el centro sanitario, a través de las anotaciones que los mismos hayan podido realizar en el Libro de Registro de Declaraciones de Voluntad o en la historia clínica.

2º Examen de la documentación y pertenencias personales que el difunto llevaba consigo.

Siempre que las circunstancias no lo impidan, se deberá facilitar a los familiares presentes en el centro sanitario información sobre la necesidad, naturaleza y circunstancias de la extracción, restauración, conservación o prácticas de sanidad mortuoria.

2. La extracción de órganos de fallecidos sólo podrá hacerse previa comprobación y certificación de la muerte realizadas en la forma, con los requisitos y por profesionales cualificados, con arreglo a lo establecido en este Real Decreto y teniendo en cuenta los protocolos incluidos en el Anexo I del presente Real Decreto, las exigencias éticas, los avances científicos en la materia y la práctica médica generalmente aceptada.

Los citados profesionales deberán ser médicos con cualificación o especialización adecuadas para esta finalidad, distintos de aquellos médicos que hayan de intervenir en la extracción o el trasplante y no estarán sujetos a las instrucciones de éstos.

La muerte del individuo podrá certificarse tras la confirmación del cese irreversible de las funciones cardiorrespiratorias o del cese irreversible de las funciones encefálicas. Será registrada como hora de fallecimiento del paciente la hora en que se completó el diagnóstico de la muerte.

3. El cese irreversible de las funciones cardiorrespiratorias se reconocerá mediante un examen clínico adecuado tras un período apropiado de observación. Los criterios diagnósticos clínicos, los períodos de observación, así como las pruebas confirmatorias que se requieran según las circunstancias médicas, se ajustarán a los protocolos incluidos en el Anexo I del presente Real Decreto.

En el supuesto expresado en el párrafo anterior, y a efectos de la certificación de muerte y de la extracción de órganos, será exigible la existencia de un certificado de defunción extendido por un médico diferente de aquel que interviene en la extracción o el trasplante.

4. El cese irreversible de las funciones encefálicas, esto es, la constatación de coma arreactivo de etiología estructural conocida y carácter irreversible se reconocerá mediante un examen clínico adecuado tras un período apropiado de observación. Los criterios diagnósticos clínicos, los períodos de observación, así como las pruebas confirmatorias que se requieran según las circunstancias médicas, se ajustarán a los protocolos incluidos en el Anexo I del presente Real Decreto.

En el supuesto expresado en el párrafo anterior, y a efectos de la certificación de muerte y de la extracción de órganos, será exigible la existencia de un certificado médico firmado por tres médicos, entre los que debe figurar un neurólogo o neurocirujano y el Jefe de Servicio de la unidad médica donde se encuentre ingresado, o su sustituto. En ningún caso, dichos facultativos podrán formar parte del equipo extractor o trasplantador de los órganos que se extraigan.

5. En los casos de muerte accidental, así como cuando medie una investigación judicial, antes de efectuarse la extracción de órganos deberá recabarse la autorización del juez que corresponda, el cual, previo informe del médico forense, deberá concederla siempre que no se obstaculice el resultado de la instrucción de las diligencias penales.

a) En los casos de muerte por parada cardiorrespiratoria, se efectuarán por el médico encargado de la extracción las técnicas de preservación para asegurar la viabilidad de los órganos, previa comunicación al Juzgado de Instrucción competente, a fin de que, si lo estima necesario, pueda establecer cualquier limitación o indicación positiva para su práctica.

Transcurrido el tiempo establecido en los protocolos referidos en el Anexo I desde la comunicación sin que el Juzgado haya formulado indicación alguna, se iniciarán las técnicas de preservación, extrayendo previamente muestras de líquidos biológicos y cualquier otra muestra que pudiera estimarse oportuna en un futuro de acuerdo con los protocolos referidos en el Anexo I de este Real Decreto.

Estos protocolos regularán también la «cadena de custodia» de las muestras depositadas en el hospital, a disposición del juez instructor, que determinará su destino.

b) La solicitud de la extracción de órganos deberá acompañarse del certificado de defunción referido en los apartados 3 ó 4 de este artículo, según se trate, junto con un informe médico explicativo de las circunstancias personales y de ingreso en el hospital, y una hoja acreditativa, firmada por el responsable a quien corresponda dar la conformidad para la extracción, de que el médico o médicos que firman el certificado de defunción son distintos al que va a realizar la extracción de órganos y/o el trasplante.

6. Por parte del responsable al que corresponda dar la conformidad para la extracción, o persona en quien delegue, según lo determinado para la autorización del centro en el artículo 11.3, se deberá extender un documento en el que se haga constancia expresa de que:

a) Se han realizado las comprobaciones sobre la voluntad del fallecido, establecidas en el apartado 1 de este artículo, o de las personas que ostenten su representación legal.

b) Se ha facilitado la información a los familiares a la que se refiere el apartado 1 de este artículo, siempre que las circunstancias objetivas no lo hayan impedido, haciendo constar esta última situación si ocurriera.

c) Se ha comprobado y certificado la muerte, como se establece en los apartados 3 ó 4, según corresponda, de este artículo, y que se adjunta al documento de autorización dicho certificado médico de defunción.

d) En las situaciones de fallecimiento contempladas en el apartado 5 de este artículo, se cuenta con la autorización del juez que corresponda.

e) El centro hospitalario donde se va a realizar la extracción está autorizado para ello y que dicha autorización está en vigor.

f) Se hagan constar los órganos para los que no se autoriza la

extracción, teniendo en cuenta las restricciones que puede haber establecido el donante de acuerdo a lo que figura en el apartado 1 de este artículo.

g) Se hagan constar el nombre, apellidos y cualificación profesional de los médicos que han certificado la defunción, y que ninguno de estos facultativos forma parte del equipo extractor o trasplantador.

Comentario/Propuesta

Esta norma regula la extracción de órganos cuando la persona ha fallecido señalando una serie de condiciones y requisitos para que se lleve a cabo. La adecuación de la norma a la Convención requiere que se acepte cualquier medio que permita conocer la voluntad inequívoca de la persona. La relación con el documento de instrucciones previas es evidente ya que en este documento se puede establecer cuál va a ser el destino de los órganos. Debe cuidarse que los criterios técnicos médicos para la extracción de los órganos no suponga una vulneración de los principios del modelo social de la discapacidad.

Texto de la norma

Artículo 10. Extracción de órganos de fallecidos: condiciones y requisitos.

1. La obtención de órganos de donantes fallecidos para fines terapéuticos podrá realizarse si se cumplen las condiciones y requisitos siguientes:

a) Que la persona fallecida, de la que se pretende extraer órganos, no haya dejado constancia expresa, ya sea por escrito o por cualquier formato que permita comprobar la inequívoca voluntad, de su oposición a que después de su muerte se realice la extracción de órganos. Dicha oposición, así como su conformidad si la desea expresar, podrá referirse a todo tipo de órganos o solamente a alguno de ellos, y será respetada cualquiera que sea la forma en la que se haya expresado.

Si no hay constancia o si se trata de menores de edad, la oposición podrá hacerse por aquellas personas con las mantuviera una relación familiar, de hecho o fuesen su representante legal, conforme a lo establecido en la legislación civil.

b) Siempre que se pretenda proceder a la extracción de órganos de donantes fallecidos en un centro autorizado, la persona a quien corresponda dar la conformidad para la extracción o en quien delegue, según lo especificado en el artículo 11.3, deberá realizar las siguientes comprobaciones pertinentes:

1º Información sobre si el interesado hizo patente su voluntad a alguno de sus familiares o de los profesionales que le han atendido en el centro sanitario, a través de las anotaciones que los mismos hayan podido realizar en el Libro de Registro de Declaraciones de Voluntad o en la historia clínica.

2º Examen de la documentación y pertenencias personales que el difunto llevaba consigo.

Siempre que las circunstancias no lo impidan, se deberá facilitar a los familiares presentes en el centro sanitario información sobre la necesidad,

naturaleza y circunstancias de la extracción, restauración, conservación o prácticas de sanidad mortuoria.

2. La extracción de órganos de fallecidos sólo podrá hacerse previa comprobación y certificación de la muerte realizadas en la forma, con los requisitos y por profesionales cualificados, con arreglo a lo establecido en este Real Decreto y teniendo en cuenta los protocolos incluidos en el Anexo I del presente Real Decreto, las exigencias éticas, los avances científicos en la materia y la práctica médica generalmente aceptada.

Los citados profesionales deberán ser médicos con cualificación o especialización adecuadas para esta finalidad, distintos de aquellos médicos que hayan de intervenir en la extracción o el trasplante y no estarán sujetos a las instrucciones de éstos.

La muerte del individuo podrá certificarse tras la confirmación del cese irreversible de las funciones cardiorrespiratorias o del cese irreversible de las funciones encefálicas. Será registrada como hora de fallecimiento del paciente la hora en que se completó el diagnóstico de la muerte.

3. El cese irreversible de las funciones cardiorrespiratorias se reconocerá mediante un examen clínico adecuado tras un período apropiado de observación. Los criterios diagnósticos clínicos, los períodos de observación, así como las pruebas confirmatorias que se requieran según las circunstancias médicas, se ajustarán a los protocolos incluidos en el Anexo I del presente Real Decreto.

En el supuesto expresado en el párrafo anterior, y a efectos de la certificación de muerte y de la extracción de órganos, será exigible la existencia de un certificado de defunción extendido por un médico diferente de aquel que interviene en la extracción o el trasplante.

4. El cese irreversible de las funciones encefálicas, esto es, la constatación de coma arreactivo de etiología estructural conocida y carácter irreversible se reconocerá mediante un examen clínico adecuado tras un período apropiado de observación. Los criterios diagnósticos clínicos, los períodos de observación, así como las pruebas confirmatorias que se requieran según las circunstancias médicas, se ajustarán a los protocolos incluidos en el Anexo I del presente Real Decreto.

En el supuesto expresado en el párrafo anterior, y a efectos de la certificación de muerte y de la extracción de órganos, será exigible la existencia de un certificado médico firmado por tres médicos, entre los que debe figurar un neurólogo o neurocirujano y el Jefe de Servicio de la unidad médica donde se encuentre ingresado, o su sustituto. En ningún caso, dichos facultativos podrán formar parte del equipo extractor o trasplantador de los órganos que se extraigan.

5. En los casos de muerte accidental, así como cuando medie una investigación judicial, antes de efectuarse la extracción de órganos deberá recabarse la autorización del juez que corresponda, el cual, previo informe del médico forense, deberá concederla siempre que no se obstaculice el resultado

de la instrucción de las diligencias penales.

a) En los casos de muerte por parada cardiorrespiratoria, se efectuarán por el médico encargado de la extracción las técnicas de preservación para asegurar la viabilidad de los órganos, previa comunicación al Juzgado de Instrucción competente, a fin de que, si lo estima necesario, pueda establecer cualquier limitación o indicación positiva para su práctica.

Transcurrido el tiempo establecido en los protocolos referidos en el Anexo I desde la comunicación sin que el Juzgado haya formulado indicación alguna, se iniciarán las técnicas de preservación, extrayendo previamente muestras de líquidos biológicos y cualquier otra muestra que pudiera estimarse oportuna en un futuro de acuerdo con los protocolos referidos en el Anexo I de este Real Decreto.

Estos protocolos regularán también la «cadena de custodia» de las muestras depositadas en el hospital, a disposición del juez instructor, que determinará su destino.

b) La solicitud de la extracción de órganos deberá acompañarse del certificado de defunción referido en los apartados 3 ó 4 de este artículo, según se trate, junto con un informe médico explicativo de las circunstancias personales y de ingreso en el hospital, y una hoja acreditativa, firmada por el responsable a quien corresponda dar la conformidad para la extracción, de que el médico o médicos que firman el certificado de defunción son distintos al que va a realizar la extracción de órganos y/o el trasplante.

6. Por parte del responsable al que corresponda dar la conformidad para la extracción, o persona en quien delegue, según lo determinado para la autorización del centro en el artículo 11.3, se deberá extender un documento en el que se haga constancia expresa de que:

a) Se han realizado las comprobaciones sobre la voluntad del fallecido, establecidas en el apartado 1 de este artículo, o de las personas que ostenten su representación legal.

b) Se ha facilitado la información a los familiares a la que se refiere el apartado 1 de este artículo, siempre que las circunstancias objetivas no lo hayan impedido, haciendo constar esta última situación si ocurriera.

c) Se ha comprobado y certificado la muerte, como se establece en los apartados 3 ó 4, según corresponda, de este artículo, y que se adjunta al documento de autorización dicho certificado médico de defunción.

d) En las situaciones de fallecimiento contempladas en el apartado 5 de este artículo, se cuenta con la autorización del juez que corresponda.

e) El centro hospitalario donde se va a realizar la extracción está autorizado para ello y que dicha autorización está en vigor.

f) Se hagan constar los órganos para los que no se autoriza la extracción, teniendo en cuenta las restricciones que puede haber establecido el donante de acuerdo a lo que figura en el apartado 1 de este artículo.

g) Se hagan constar el nombre, apellidos y cualificación profesional de los médicos que han certificado la defunción, y que ninguno de estos facultativos forma parte del equipo extractor o trasplantador.

.- NORMA RD 223/2004, Ensayos Clínicos con Medicamentos (art. 2)

Contenido

Artículo 2. Definiciones.

A los efectos de lo dispuesto en este Real Decreto, se aplicarán las siguientes definiciones:

(...)

m) Consentimiento informado: decisión, que debe figurar por escrito y estar fechada y firmada, de participar en un ensayo clínico adoptada voluntariamente por una persona capaz de dar su consentimiento tras haber sido debidamente informada y documentada acerca de su naturaleza, importancia, implicaciones y riesgos.

En el supuesto de que el sujeto tenga un impedimento para escribir, el consentimiento podrá otorgarse de forma oral en presencia de al menos un testigo.

Cuando quien haya de otorgar el consentimiento sea una persona con discapacidad, la información se le ofrecerá en formatos adecuados, según las reglas marcadas por el principio de diseño para todos, de manera que le resulte accesible y comprensible, y se arbitrarán las medidas de apoyo pertinentes para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento.

Cuando el sujeto del ensayo no sea una persona capaz para dar su consentimiento, la decisión deberá adoptarse por su representante legal en los términos previstos en el artículo 7.»

Comentario/Propuesta

Este artículo ha sido modificado por el artículo 11 del RD 1276/2011 con el fin de incluir la accesibilidad de la información y la presencia de apoyos pero no ha alterado el consentimiento por representación. Además se considera que tanto la accesibilidad como los apoyos podrían proyectarse más allá de las situaciones de discapacidad.

Texto de la norma

Artículo 2. Definiciones.

A los efectos de lo dispuesto en este Real Decreto, se aplicarán las siguientes definiciones:

(...)

m) Consentimiento informado: decisión, que debe figurar por escrito y estar fechada y firmada, de participar en un ensayo clínico adoptada voluntariamente por una persona capaz de dar su consentimiento tras haber recibido los apoyos necesarios y haber sido debidamente informada y documentada acerca de su naturaleza, importancia, implicaciones y riesgos.

En el supuesto de que el sujeto tenga un impedimento para escribir, el consentimiento podrá otorgarse de forma oral en presencia de al menos un testigo o mediante cualquier medio comprensible, archivable y documentable que permita conocer la voluntad inequívoca de una persona.

La información se ofrecerá en formatos adecuados, según las reglas marcadas por el principio de diseño para todos, de manera que le resulte accesible y comprensible para todas las personas, incluidas las personas con discapacidad. Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de los apoyos que resulten necesarios para prestar por sí su consentimiento. El consentimiento otorgado por una persona que cuente con un plan personalizado de medidas de apoyo deberá otorgarse de conformidad con lo señalado en dicho plan.

.- NORMA RD 223/2004, Ensayos Clínicos con Medicamentos (art. 3)

Contenido

Artículo 3. Postulados éticos.

(...)

8. Los sujetos participantes en ensayos clínicos sin beneficio potencial directo para el sujeto en investigación recibirán del promotor la compensación pactada por las molestias sufridas. La cuantía de la compensación económica estará en relación con las características del ensayo, pero en ningún caso será tan elevada como para inducir a un sujeto a participar por motivos distintos del interés por el avance científico.

La contraprestación que se hubiera pactado por la participación voluntaria en el ensayo se percibirá en todo caso, si bien se reducirá proporcionalmente según la participación del sujeto en la experimentación, en el supuesto de que decida revocar su consentimiento y abandonar el ensayo.

En los casos extraordinarios de investigaciones sin beneficio potencial directo para el sujeto en investigación en menores e incapaces, para evitar la posible explotación de estos sujetos, no se producirá ninguna compensación económica por parte del promotor, a excepción del reintegro de los gastos extraordinarios y pérdidas de productividad que se deriven de la participación del sujeto en el ensayo.

(...)

10. Los sujetos del ensayo dispondrán de un punto donde puedan obtener mayor información sobre el ensayo, que constará en la hoja de información para el sujeto.

En el caso de personas con discapacidad, esta información complementaria se ofrecerá en la forma prevista en la letra m) del artículo anterior.»

Comentario/Propuesta

La adecuación de esta norma a la Convención requiere que a las personas con discapacidad no se les incluya en el mismo supuesto que a los menores de edad y que se permita, con las debidas garantías, su participación en los ensayos clínicos con

medicamentos en igualdad de condiciones que las demás personas. Este artículo ha sido mínimamente modificado por el artículo 11 del RD 1276/2011, que incorpora en el apartado 10 la obligación de ofrecer la información suplementaria a la que se refiere cumpliendo las exigencias que se señalan en la letra m del art. 2 antes comentado. En todo caso, esta reforma no tiene la extensión que sería recomendable para ajustar este precepto a la Convención.

Texto de la norma

Artículo 3. Postulados éticos.

(...)

8. Los sujetos participantes en ensayos clínicos sin beneficio potencial directo para el sujeto en investigación recibirán del promotor la compensación pactada por las molestias sufridas. La cuantía de la compensación económica estará en relación con las características del ensayo, pero en ningún caso será tan elevada como para inducir a un sujeto a participar por motivos distintos del interés por el avance científico.

La contraprestación que se hubiera pactado por la participación voluntaria en el ensayo se percibirá en todo caso, si bien se reducirá proporcionalmente según la participación del sujeto en la experimentación, en el supuesto de que decida revocar su consentimiento y abandonar el ensayo.

En los casos extraordinarios de investigaciones sin beneficio potencial directo para el sujeto en investigación en menores, para evitar la posible explotación de estos sujetos, no se producirá ninguna compensación económica por parte del promotor, a excepción del reintegro de los gastos extraordinarios y pérdidas de productividad que se deriven de la participación del sujeto en el ensayo.

La contraprestación que se hubiera pactado por la participación voluntaria en el ensayo se percibirá en todo caso, si bien se reducirá proporcionalmente según la participación del sujeto en la experimentación, en el supuesto de que decida revocar su consentimiento y abandonar el ensayo.

(...)

10. Los sujetos del ensayo dispondrán de un punto donde puedan obtener mayor información sobre el ensayo, que constará en la hoja de información para el sujeto.

En el caso de personas con discapacidad, esta información complementaria se ofrecerá en la forma prevista en la letra m) del artículo anterior.»

.- NORMA RD 223/2004, Ensayos Clínicos con Medicamentos (art. 5)

Contenido

Artículo 5. De los ensayos clínicos con adultos incapacitados.

Sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones generales establecidas en el artículo 3, solo se podrán realizar ensayos clínicos en adultos que no estén en condiciones de dar su consentimiento informado y que no lo hayan dado con

anterioridad al comienzo de su incapacidad, cuando se cumplan, además, las siguientes condiciones especiales:

a) *Que los ensayos sean de interés específico para la población que se investiga, y dicha investigación sea esencial para validar datos procedentes de ensayos clínicos efectuados en personas capaces de otorgar su consentimiento informado u obtenidos por otros medios de investigación. Además, la investigación deberá guardar relación directa con alguna enfermedad que padezca el adulto incapaz, y que ésta le debilite o ponga en peligro su vida.*

b) *Que el bienestar del sujeto prevalezca sobre los intereses de la ciencia y de la sociedad, y existan datos que permitan prever que reporta algún beneficio al paciente que prevalezca sobre los riesgos o no produzca ningún riesgo.*

c) *Que el consentimiento informado se ajuste a lo especificado en el artículo 7.3. En todo caso, los sujetos no deben haberse negado a dar su consentimiento informado con anterioridad al comienzo de su incapacidad.*

d) *Que el protocolo sea aprobado por un Comité Ético de Investigación Clínica que cuente con expertos en la enfermedad en cuestión o que haya recabado asesoramiento de este tipo de expertos sobre las cuestiones clínicas, éticas y psicosociales en el ámbito de la enfermedad y del grupo de pacientes afectado.*

Comentario/Propuesta

El artículo 5 requiere una reforma substancial ya que parte de una premisa errónea que ha sido modificada por la Convención. Debe diferenciarse nítidamente a las personas con discapacidad que sean mayores de edad de las personas que no pueden prestar consentimiento ya que se trata de dos casos diferentes. Los primeros son capaces de otorgar su consentimiento si cuentan con los apoyos necesarios y los segundos no tienen esa capacidad. Este artículo debe concordarse con lo establecido en el artículo 7.3 del mismo Real Decreto.

Texto de la norma

Artículo 5. De los ensayos clínicos con personas que no pueden prestar consentimiento.

Sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones generales establecidas en el artículo 3, solo se podrán realizar ensayos clínicos con personas que no pueden dar su consentimiento informado tampoco con los apoyos pertinentes y que no lo hayan dado con anterioridad, cuando se cumplan, además, las siguientes condiciones especiales:

a) Que los ensayos sean de interés específico para la población que se investiga, y dicha investigación sea esencial para validar datos procedentes de ensayos clínicos efectuados en personas capaces de otorgar su consentimiento informado u obtenidos por otros medios de investigación. Además, la investigación deberá guardar relación directa con alguna enfermedad que padezca la persona sobre la que recae el ensayo, y que ésta le debilite o ponga en peligro su vida.

b) *Que el bienestar del sujeto prevalezca sobre los intereses de la ciencia y de la sociedad, y existan datos que permitan prever que reporta algún beneficio al paciente que prevalezca sobre los riesgos o no produzca ningún riesgo.*

c) *Que el consentimiento informado se ajuste a lo especificado en el artículo 7.3.*

d) *Que el protocolo sea aprobado por un Comité Ético de Investigación Clínica que cuente con expertos en la enfermedad o en la situación en la que se encuentra la persona en cuestión o que haya recabado asesoramiento de este tipo de expertos sobre las cuestiones clínicas, éticas y psicosociales en el ámbito de la enfermedad o de la situación y del grupo de pacientes afectado*

.- NORMA RD 223/2004, Ensayos Clínicos con Medicamentos (art. 6)

Contenido

Artículo 6. De los ensayos clínicos sin beneficio directo para la salud de los sujetos.

1. En los ensayos clínicos sin beneficio potencial directo para la salud de los sujetos participantes, el riesgo que estos sujetos asuman estará justificado en razón del beneficio esperado para la colectividad.

2. En menores y en sujetos incapacitados podrán realizarse ensayos sin beneficio potencial directo para el sujeto únicamente si, además de tenerse en cuenta lo dispuesto en los artículos 4 y 5, el Comité Ético de Investigación Clínica considera que se cumplen los siguientes requisitos:

a) Que se adoptan las medidas necesarias para garantizar que el riesgo sea mínimo.

b) Que las intervenciones a que van a ser sometidos los sujetos del ensayo son equiparables a las que corresponden a la práctica médica habitual en función de su situación médica, psicológica o social.

c) Que del ensayo se pueden obtener conocimientos relevantes sobre la enfermedad o situación objeto de investigación, de vital importancia para entenderla, paliarla o curarla.

d) Que estos conocimientos no pueden ser obtenidos de otro modo.

e) Que existen garantías sobre la correcta obtención del consentimiento informado, de acuerdo con lo contemplado en el artículo.

Comentario/Propuesta

Es necesario diferenciar a las personas con discapacidad de los menores de edad y de las personas cuya situación clínica les impida tomar una decisión.

Texto de la norma

Artículo 6. De los ensayos clínicos sin beneficio directo para la salud de los sujetos.

1. En los ensayos clínicos sin beneficio potencial directo para la salud de

los sujetos participantes, el riesgo que estos sujetos asuman estará justificado en razón del beneficio esperado para la colectividad.

2. En menores, en personas que precisan de apoyos obligatorios o en personas cuya situación clínica le impida prestar consentimiento, podrán realizarse ensayos sin beneficio potencial directo para el sujeto únicamente si, además de tenerse en cuenta lo dispuesto en los artículos 4 y 5, el Comité Ético de Investigación Clínica considera que se cumplen los siguientes requisitos:

a) Que se adoptan las medidas necesarias para garantizar que el riesgo sea mínimo.

b) Que las intervenciones a que van a ser sometidos los sujetos del ensayo son equiparables a las que corresponden a la práctica médica habitual en función de su situación médica, psicológica o social.

c) Que del ensayo se pueden obtener conocimientos relevantes sobre la enfermedad o situación objeto de investigación, de vital importancia para entenderla, paliarla o curarla.

d) Que estos conocimientos no pueden ser obtenidos de otro modo.

e) Que existen garantías sobre la correcta obtención del consentimiento informado, de acuerdo con lo contemplado en el artículo 7.

.- NORMA RD 223/2004, Ensayos Clínicos con Medicamentos. Art. 7

Contenido

Artículo 7. Del consentimiento informado.

1. La obtención del consentimiento informado debe tener en cuenta los aspectos indicados en las recomendaciones europeas al respecto y que se recogen en las instrucciones para la realización de ensayos clínicos en España o, en su caso, en las directrices de la Unión Europea.

2. El sujeto del ensayo deberá otorgar su consentimiento después de haber entendido, mediante una entrevista previa con el investigador o un miembro del equipo de investigación, los objetivos del ensayo, sus riesgos e inconvenientes, así como las condiciones en las que se llevará a cabo, y después de haber sido informado de su derecho a retirarse del ensayo en cualquier momento sin que ello le ocasione perjuicio alguno.

El consentimiento se documentará mediante una hoja de información para el sujeto y el documento de consentimiento. La hoja de información contendrá únicamente información relevante, expresada en términos claros y comprensibles para los sujetos, y estará redactada en la lengua propia del sujeto.

3. Cuando el sujeto del ensayo no sea una persona capaz para dar su consentimiento o no esté en condiciones de hacerlo, la decisión deberá adoptarse, teniendo en cuenta lo indicado en este artículo.

a) Si el sujeto del ensayo es menor de edad:

1º Se obtendrá el consentimiento informado previo de los padres o del

representante legal del menor; el consentimiento deberá reflejar la presunta voluntad del menor y podrá retirarse en cualquier momento sin perjuicio alguno para él. Cuando el menor tenga 12 o más años, deberá prestar además su consentimiento para participar en el ensayo.

2° El menor recibirá, de personal que cuente con experiencia en el trato con menores, una información sobre el ensayo, los riesgos y los beneficios adecuada a su capacidad de entendimiento.

3° El investigador aceptará el deseo explícito del menor de negarse a participar en el ensayo o de retirarse en cualquier momento, cuando éste sea capaz de formarse una opinión en función de la información recibida.

4° El promotor pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal las autorizaciones de los ensayos clínicos cuya población incluya a menores.

b) Si el sujeto es un adulto sin capacidad para otorgar su consentimiento informado:

1° Deberá obtenerse el consentimiento informado de su representante legal, tras haber sido informado sobre los posibles riesgos, incomodidades y beneficios del ensayo. El consentimiento deberá reflejar la presunta voluntad del sujeto y podrá ser retirado en cualquier momento sin perjuicio para éste.

2° Cuando las condiciones del sujeto lo permitan, este deberá prestar además su consentimiento para participar en el ensayo, después de haber recibido toda la información pertinente adaptada a su nivel de entendimiento. En este caso, el investigador deberá tener en cuenta la voluntad de la persona incapaz de retirarse del ensayo.

4. Cuando el ensayo clínico tenga un interés específico para la población en la que se realiza la investigación y lo justifiquen razones de necesidad en la administración del medicamento en investigación, podrá someterse a un sujeto a un ensayo clínico sin obtener el consentimiento previo en los siguientes casos:

a) Si existe un riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del sujeto, se carece de una alternativa terapéutica apropiada en la práctica clínica y no es posible obtener su consentimiento o el de su representante legal. En este caso, siempre que las circunstancias lo permitan, se consultará previamente a las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

b) Si el sujeto no es capaz para tomar decisiones debido a su estado físico o psíquico y carece de representante legal. En este caso, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

En ambos casos, esta eventualidad y la forma en que se procederá debe hallarse prevista en la documentación del ensayo aprobada por el Comité Ético de Investigación Clínica, y el sujeto o su representante legal será informado en cuanto sea posible y deberá otorgar su consentimiento para continuar en el ensayo si procediera.

5. El sujeto participante en un ensayo clínico, o su representante legal, podrán revocar su consentimiento en cualquier momento, sin expresión de causa y sin que por ello se derive para el sujeto participante responsabilidad ni

perjuicio alguno.

Comentario/Propuesta

La reforma de este artículo es capital para que otras reformas de esta misma norma tengan algún sentido. Debe procederse a establecer un consentimiento informado con ciertas especificidades.

Texto de la norma

Artículo 7. Del consentimiento informado.

1. La obtención del consentimiento informado debe tener en cuenta los aspectos indicados en las recomendaciones europeas al respecto y que se recogen en las instrucciones para la realización de ensayos clínicos en España o, en su caso, en las directrices de la Unión Europea.

2. El sujeto del ensayo deberá otorgar su consentimiento después de haber recibido los apoyos necesarios y entendido, mediante una entrevista previa con el investigador o un miembro del equipo de investigación, los objetivos del ensayo, sus riesgos e inconvenientes, así como las condiciones en las que se llevará a cabo, y después de haber sido informado de su derecho a retirarse del ensayo en cualquier momento sin que ello le ocasione perjuicio alguno.

El consentimiento se documentará mediante una hoja de información para el sujeto y el documento de consentimiento. La hoja de información contendrá únicamente información relevante, expresada en términos claros y comprensibles para los sujetos, y estará redactada en la lengua propia del sujeto. La hoja de información deberá ser accesible y la información deberá estar adaptada a las necesidades de la persona.

3. Cuando el sujeto del ensayo sea menor de edad se deberán tener en cuenta las siguientes previsiones: Se obtendrá el consentimiento informado previo de los padres o del representante legal del menor; el consentimiento deberá reflejar la presunta voluntad del menor y podrá retirarse en cualquier momento sin perjuicio alguno para él. Cuando el menor tenga 12 o más años, deberá prestar además su consentimiento para participar en el ensayo.

El menor recibirá, de personal que cuente con experiencia en el trato con menores, una información sobre el ensayo, los riesgos y los beneficios adecuada a su capacidad de entendimiento.

El investigador aceptará el deseo explícito del menor de negarse a participar en el ensayo o de retirarse en cualquier momento, cuando éste sea capaz de formarse una opinión en función de la información recibida.

El promotor pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal las autorizaciones de los ensayos clínicos cuya población incluya a menores

4º Cuando el sujeto sea una persona que precisa apoyos en la toma de decisiones:

Se garantizará el cumplimiento de las condiciones de accesibilidad de la información y del consentimiento señaladas en el artículo 2 m)

Se reconocerán los apoyos con los que cuente la persona y se prestarán,

en caso de que carezca de ellos, los apoyos necesarios. En el caso de que la persona cuente con un plan personalizado de medidas de apoyo el consentimiento deberá otorgarse de conformidad con lo señalado en dicho plan.

El médico responsable asegurará y hará constar que estas personas han contado con los apoyos necesarios en el proceso de toma de decisiones y velará por su adecuado funcionamiento de acuerdo con lo señalado en los arts. XX y ss. del Código civil. La prestación del consentimiento con apoyos deberá ponerse en conocimiento del Ministerio Fiscal

Si la persona se encuentra en una situación que le impide expresar su voluntad deberá obtenerse el consentimiento informado de las personas que desempeñan apoyos obligatorios respetando lo señalado en su plan personalizado tras haber sido informadas sobre los posibles riesgos, incomodidades y beneficios del ensayo. El consentimiento deberá tener en cuenta la identidad de la persona, su historia de vida y sus circunstancias personales y sociales, y podrá ser retirado en cualquier momento sin perjuicio para éste. El médico responsable del ensayo velará por el adecuado funcionamiento de estos apoyos obligatorios. La participación de estos sujetos en los ensayos clínicos deberá ser autorizada por el Ministerio Fiscal.

.

5. Cuando el ensayo clínico tenga un interés específico para la población en la que se realiza la investigación y lo justifiquen razones de necesidad en la administración del medicamento en investigación, podrá someterse a un sujeto a un ensayo clínico sin obtener el consentimiento previo en los siguientes casos:

a) Si existe un riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del sujeto, se carece de una alternativa terapéutica apropiada en la práctica clínica y no es posible obtener su consentimiento o el de su representante legal o el de la persona que ejerce la función de apoyo. En este caso, siempre que las circunstancias lo permitan, se consultará previamente a las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

b) Si el sujeto no es capaz para tomar decisiones debido a su estado clínico y carece de representante legal. En este caso, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

En ambos casos, esta eventualidad y la forma en que se procederá debe hallarse prevista en la documentación del ensayo aprobada por el Comité Ético de Investigación Clínica, y el sujeto o su representante legal será informado en cuanto sea posible y deberá otorgar su consentimiento para continuar en el ensayo si procediera.

6. El sujeto participante en un ensayo clínico, su representante legal o la persona que ejerza la función de apoyo, podrán revocar su consentimiento en cualquier momento, sin expresión de causa y sin que por ello se derive para el sujeto participante responsabilidad ni perjuicio alguno.

.- Norma RD 1088/2005, Se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión (art. 6)

Contenido

Artículo 6. Información a facilitar a los donantes.

Los candidatos a donantes de sangre recibirán información previa por escrito y en lenguaje comprensible, como mínimo, acerca de las condiciones y actividades que excluyen de la donación y de la importancia de no dar sangre si le son aplicables algunas de ellas. La información mínima que se deberá proporcionar es la recogida en el anexo I.A).

Comentario/Propuesta

Este precepto ha sido modificado por el Real Decreto de adaptación normativa a la Convención que ha introducido un segundo párrafo relativo a la accesibilidad a la información. En todo caso, se considera necesario introducir la referencia expresa a las medidas de apoyo y extender estas medidas y la accesibilidad más allá de las personas en situación de discapacidad.

Texto de la norma

Artículo 6. Información a facilitar a los donantes.

Los candidatos a donantes de sangre recibirán información previa por escrito y en lenguaje comprensible, como mínimo, acerca de las condiciones y actividades que excluyen de la donación y de la importancia de no dar sangre si le son aplicables algunas de ellas. La información mínima que se deberá proporcionar es la recogida en el anexo I.A).

La información deberá efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles para todas las personas, incluidas las personas con discapacidad. Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de los apoyos necesarios para la comprensión de la citada información

.- Norma RD 1088/2005, Se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión (art. 9)

Contenido

Los candidatos a donantes de sangre o componentes sanguíneos serán sometidos a un reconocimiento previo a cada extracción, realizado, mediante cuestionario y entrevista personal a cargo de un profesional sanitario debidamente cualificado. En todo caso, se tendrán en cuenta, al efectuar el reconocimiento previo, las circunstancias personales del individuo, adoptándose medidas adicionales que permitan la eficaz transmisión y comprensión de información a las personas con discapacidad.

Justificación/Propuesta

Este precepto ha sido modificado por el Real Decreto de adaptación normativa a la Convención que ha introducido la obligación de adoptar medidas para que las personas con discapacidad puedan comprender la información que se ofrece a los donantes. Se considera necesario aludir expresamente a los apoyos.

Texto

Los candidatos a donantes de sangre o componentes sanguíneos serán sometidos a un reconocimiento previo a cada extracción, realizado, mediante cuestionario y entrevista personal a cargo de un profesional sanitario debidamente cualificado. En todo caso, se tendrán en cuenta, al efectuar el reconocimiento previo, las circunstancias personales del individuo, adoptándose medidas adicionales que permitan la eficaz transmisión y comprensión de información a las personas con discapacidad y reconociendo y prestando, en su caso, los apoyos que resulten necesarios.

.- Norma RD 1088/2005, Se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión (art. 22)

Contenido

«La información que se ha de facilitar a los donantes de sangre o componentes autólogos será como mínimo la que se especifica en los apartados 2, 5 y 10 del anexo I.A. La información deberá ofrecerse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad.»

Justificación/Propuesta

Este precepto ha sido modificado por el Real Decreto de adaptación normativa a la Convención que establece exigencias de accesibilidad en relación con la información suministrada a los donantes. Se considera relevante referir esta obligación a todas las personas, y no sólo a las personas con discapacidad e incorporar la referencia expresa a los apoyos.

Texto

«La información que se ha de facilitar a los donantes de sangre o componentes autólogos será como mínimo la que se especifica en los apartados 2, 5 y 10 del anexo I.A. La información deberá ofrecerse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles para todas las personas, incluidas las personas con discapacidad. Las personas que lo precisen tendrán derecho a usar y a que se les presten los apoyos necesarios para la comprensión de la información»

.- NORMA RD 1088/2005, Se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión (Anexo I, Parte B)

Contenido

ANEXO I

(...)

Requisitos relativos a la información. Parte B

(...)

3. Firma del donante. –El cuestionario han de firmarlo el donante y el miembro del personal sanitario encargado de obtener los antecedentes sanitarios, confirmando que el donante:

(...)

Comentario/Propuesta

La adecuación de esta norma a la Convención pasa por permitir que el documento no sólo sea firmado sino que se admitan otros medios que permitan dejar constancia de la voluntad de la persona y que la persona cuente con los apoyos necesarios.

Texto de la norma

ANEXO I

(...)

Requisitos relativos a la información. Parte B

(...)

3. Firma del donante. El cuestionario han de ser validado por el donante, mediante su firma o mediante cualquier medio admitido comprensible, archivable y documentable que permita conocer su voluntad inequívoca y, por el miembro del personal sanitario encargado de obtener los antecedentes sanitarios, confirmando que el donante. Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de os apoyos necesarios para validar este cuestionario.

(...)

.- NORMA RD 1301/2006, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos (art. 3)

Contenido

Artículo 3. Gratuidad y carácter no lucrativo.

1. La donación de células y tejidos será, en todo caso, voluntaria y altruista, no pudiéndose percibir contraprestación económica o remuneración alguna ni por el donante ni por cualquier otra persona física ni jurídica.

2. Los procedimientos médicos relacionados con la extracción no serán, en ningún caso, graves para el donante vivo, ni para la familia en el caso del donante fallecido, debiendo garantizarse al donante vivo la asistencia precisa para su restablecimiento.

3. Los donantes vivos de células o tejidos podrán recibir una

compensación de la institución responsable de la extracción, limitada, estrictamente, a cubrir los gastos e inconvenientes derivados de su obtención en concepto de dietas, restitución de ingresos económicos perdidos o similares.

4. No se exigirá al receptor contraprestación alguna por las células y/o tejidos utilizados.

5. Las actividades de los establecimientos de tejidos no tendrán carácter lucrativo, y exclusivamente podrán repercutirse los costes efectivos de los servicios prestados por el desarrollo de las actividades autorizadas.

Comentario/Propuesta

Esta norma regula la donación de células y tejidos humanos sobre la base de la voluntariedad y el altruismo ya sea el donante vivo o cadáver. En el caso de que el donante sea vivo, se debería proteger a las personas con discapacidad de la explotación estableciendo un sistema de preferencia de las personas que no requieran apoyos o medidas necesarias de carácter suplementario en el proceso de toma de decisiones. No se les debe excluir pero sí proteger de forma suplementaria estableciendo garantías adicionales.

Texto de la norma

Artículo 3. Gratuidad y carácter no lucrativo.

1. La donación de células y tejidos será, en todo caso, voluntaria y altruista, no pudiéndose percibir contraprestación económica o remuneración alguna ni por el donante ni por cualquier otra persona física ni jurídica.

2. Los procedimientos médicos relacionados con la extracción no serán, en ningún caso, gravosos para el donante vivo, ni para la familia en el caso del donante fallecido, debiendo garantizarse al donante vivo la asistencia precisa para su restablecimiento.

3. Los donantes vivos de células o tejidos podrán recibir una compensación de la institución responsable de la extracción, limitada, estrictamente, a cubrir los gastos e inconvenientes derivados de su obtención en concepto de dietas, restitución de ingresos económicos perdidos o similares.

4. No se exigirá al receptor contraprestación alguna por las células y/o tejidos utilizados.

5. Las actividades de los establecimientos de tejidos no tendrán carácter lucrativo, y exclusivamente podrán repercutirse los costes efectivos de los servicios prestados por el desarrollo de las actividades autorizadas.

6. Cuando el donante vivo sea una persona que cuente con un plan personalizado de medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad, sólo se podrá proceder a la donación de conformidad con lo establecido en dicho plan.

.- NORMA RD 1301/2006, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos (art. 7)

Contenido

Artículo 7. Donación y obtención de células y tejidos en donantes vivos.

1. La obtención de células y tejidos de una persona viva para su ulterior aplicación alogénica en seres humanos podrá realizarse si el donante es mayor de edad, cuenta con plena capacidad de obrar y estado de salud adecuado y ha prestado por escrito su consentimiento informado.

La información que recibirá el donante del médico que haya de realizar la extracción o sea responsable de esta, debe cubrir el objetivo y la naturaleza de la obtención de las células y tejidos; sus consecuencias y riesgos; las pruebas analíticas que se han de realizar; el registro y protección de los datos; y los fines terapéuticos. Asimismo se informará de las medidas de protección aplicables al donante y de los beneficios que con el uso del tejido o grupo celular extraído se espera que haya de conseguir el receptor.

El consentimiento podrá ser revocado en cualquier momento antes de la obtención de la célula y/o el tejido, excepto en los casos de obtención de progenitores hematopoyéticos de sangre periférica o de médula ósea, en que la revocación sólo podrá producirse antes del inicio del tratamiento de acondicionamiento en el receptor.

No podrán obtenerse células y tejidos de personas menores de edad o de personas que por deficiencias psíquicas, enfermedad mental, incapacitación legal o cualquier otra causa, no puedan otorgar su consentimiento, salvo cuando se trate de residuos quirúrgicos o de progenitores hematopoyéticos u otros tejidos o grupos celulares reproducibles cuya indicación terapéutica sea o pueda ser vital para el receptor. En estos casos, el consentimiento será otorgado por quien ostente la representación legal.

2. La obtención de células y tejidos de una persona viva para su procesamiento y posterior uso autólogo o para su uso autólogo eventual se realizará según lo dispuesto en los párrafos primero a tercero del apartado anterior.

En el supuesto de uso autólogo eventual, el contenido de la información facilitada con anterioridad a la obtención deberá incluir, además de lo previsto en el apartado anterior, la indicación de que las células y tejidos así obtenidos estarán a disposición para su uso alogénico en otros pacientes en el caso de existir indicación terapéutica; la información actual, veraz y completa sobre el estado de los conocimientos científicos respecto de los usos terapéuticos o de investigación; las condiciones de procesamiento y almacenamiento en los establecimientos autorizados; y cualquier otra cuestión relacionada con la utilidad terapéutica de la obtención de células y tejidos sin indicación médica establecida en el momento de la obtención e inicio de la preservación.

En el caso de personas menores de edad o de personas que por deficiencias psíquicas, enfermedad mental, incapacitación legal o cualquier otra causa, no puedan otorgar su consentimiento, este será prestado por su representante legal.

3. La información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad.

4. En todo lo no dispuesto en este artículo, la obtención de células y tejidos de un donante vivo se regirá por lo dispuesto en el capítulo IV de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

Comentario/Propuesta

En esta norma debe adecuarse a la Convención eliminando el requisito de la ‘plena capacidad de obrar’ ya que supondría una discriminación para las personas con discapacidad incapacitadas. De igual modo, debería suprimirse la exclusión de las personas que tengan ‘deficiencias psíquicas, enfermedades mentales’ y establecerse en su lugar un sistema de apoyos que garantice que estas personas puedan ser donantes. Por otro lado, debería garantizarse la accesibilidad de la información y la posibilidad de utilizar cualquier medio que permita conocer la voluntad inequívoca de las personas. De igual modo, debería incluirse una referencia a los apoyos necesarios y al deber que tienen los médicos de garantizar que las personas con discapacidad han contado con las medidas y los apoyos necesarios durante el proceso de toma de decisión. De nuevo este precepto ha sido modificado por el Real Decreto de adaptación normativa a la Convención de 17 de agosto de 2012 que añade el apartado 3 y, por tanto, la referencia a la accesibilidad de la información y el consentimiento pero no se alude a las medidas de apoyo.

Texto de la norma

Artículo 7. Donación y obtención de células y tejidos en donantes vivos.

1. La obtención de células y tejidos de una persona viva para su ulterior aplicación alogénica en seres humanos podrá realizarse si el donante es mayor de edad, cuenta un estado de salud adecuado y ha prestado por escrito o por cualquier medio comprensible, archivable y documentable que permita conocer su voluntad su consentimiento informado.

La información que recibirá el donante del médico que haya de realizar la extracción o sea responsable de esta, debe atender a las necesidades de la persona y cubrir el objetivo y la naturaleza de la obtención de las células y tejidos; sus consecuencias y riesgos; las pruebas analíticas que se han de realizar; el registro y protección de los datos; y los fines terapéuticos. Asimismo se informará de las medidas de protección aplicables al donante y de los beneficios que con el uso del tejido o grupo celular extraído se espera que haya de conseguir el receptor.

El consentimiento podrá ser revocado por escrito o por cualquier medio admitido en derecho que permita conocer la voluntad inequívoca de la persona en cualquier momento antes de la obtención de la célula y/o el tejido, excepto en los casos de obtención de progenitores hematopoyéticos de sangre periférica o de médula ósea, en que la revocación sólo podrá producirse antes del inicio del

tratamiento de acondicionamiento en el receptor.

No podrán obtenerse células y tejidos de personas menores de edad o de personas que por cualquier causa, no puedan otorgar su consentimiento, salvo cuando se trate de residuos quirúrgicos o de progenitores hematopoyéticos u otros tejidos o grupos celulares reproducibles cuya indicación terapéutica sea o pueda ser vital para el receptor. En estos casos, el consentimiento será otorgado por quien ostente la representación legal, según la legislación civil o por las personas con las que mantenga una relación familiar o de hecho.

2. La obtención de células y tejidos de una persona viva para su procesamiento y posterior uso autólogo o para su uso autólogo eventual se realizará según lo dispuesto en los párrafos primero a tercero del apartado anterior.

En el supuesto de uso autólogo eventual, el contenido de la información facilitada con anterioridad a la obtención deberá incluir, además de lo previsto en el apartado anterior, la indicación de que las células y tejidos así obtenidos estarán a disposición para su uso alogénico en otros pacientes en el caso de existir indicación terapéutica; la información actual, veraz y completa sobre el estado de los conocimientos científicos respecto de los usos terapéuticos o de investigación; las condiciones de procesamiento y almacenamiento en los establecimientos autorizados; y cualquier otra cuestión relacionada con la utilidad terapéutica de la obtención de células y tejidos sin indicación médica establecida en el momento de la obtención e inicio de la preservación.

En el caso de personas menores de edad el consentimiento será prestado por su representante legal. En el caso de personas mayores de edad que, por cualquier causa, no pueden expresar su consentimiento éste será otorgado por las personas con quienes mantengan una relación familiar o de hecho

3. La información deberá efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño para todos, de manera que resulte accesible y comprensible para todas las personas incluidas las personas con discapacidad. El consentimiento podrá prestarse por cualquier medio admitido comprensible, archivable y documentable que permita conocer la voluntad inequívoca de la persona. Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de los apoyos que resulten necesarios. El consentimiento otorgado por una persona que cuenta con un plan personalizado de medidas de apoyo deberá realizarse de conformidad con dicho plan. El médico responsable se asegurará y hará constar que estas personas han contado con los apoyos necesarios en el proceso de toma de decisiones.

4. En todo lo no dispuesto en este artículo, la obtención de células y tejidos de un donante vivo se regirá por lo dispuesto en el capítulo IV de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

.- NORMA RD 1301/2006, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las

normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos (art. 8)

Contenido

Artículo 8. Donación y obtención de tejidos y células en donantes fallecidos.

1. La obtención de tejidos y células de personas fallecidas podrá realizarse en el caso de que no hubieran dejado constancia expresa de su oposición, según lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

En el caso de que se trate de menores o personas con capacidad modificada judicialmente, la oposición a la donación podrá hacerse constar por quienes hubieran ostentado en vida de aquellos su representación legal. Tratándose de personas con discapacidad, deberán tenerse en cuenta las circunstancias personales del individuo, su capacidad para tomar dicha decisión en concreto y contemplarse la prestación de apoyo para la toma de estas decisiones.

2. La obtención de material reproductor de personas fallecidas con finalidad reproductiva se regirá por lo dispuesto en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

3. Se deberá facilitar a los familiares y allegados información sobre la necesidad, naturaleza y circunstancias de la obtención, especificando qué procedimientos de restauración y conservación del cadáver y prácticas de sanidad mortuoria se llevarán a cabo.

4. La obtención de células y tejidos se realizará tras la correspondiente certificación de la muerte y la práctica de las diligencias policiales y judiciales si las hubiera.

Comentario/Propuesta

Este precepto ha sido modificado por el Real Decreto de adaptación normativa a la Convención que ha introducido el segundo inciso del apartado 1. Esta reforma no se considera totalmente satisfactoria en tanto hace referencia a los “representantes legales” de las personas con “capacidad de obrar modificada”. En cambio, se considera positiva la referencia a las medidas de apoyo para hacer constar la oposición a la donación, si bien la redacción podría mejorarse para ser más inclusiva. Este precepto debería relacionarse con la regulación que se haga del documento de instrucciones previas regulado en la Ley 41/2002. Este documento deberá poder otorgarse por todas las personas mayores de edad que cuenten con los apoyos necesarios en el proceso de toma de decisión y hayan recibido una información adaptada a sus necesidades y en formato accesible.

Texto de la norma

Artículo 8. Donación y obtención de tejidos y células en donantes fallecidos.

1. La obtención de tejidos y células de personas fallecidas podrá realizarse en el caso de que no hubieran dejado constancia expresa de su oposición, según lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de

noviembre.

En el caso de que se trate de menores de edad, la oposición a la donación podrá hacerse constar por quienes hubieran ostentado en vida de aquellos su representación legal.

Las personas que lo precisen tendrán derecho a los apoyos para hacer constar esta oposición de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre

2. La obtención de material reproductor de personas fallecidas con finalidad reproductiva se regirá por lo dispuesto en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

3. Se deberá facilitar a los familiares y allegados información en un formato accesible sobre la necesidad, naturaleza y circunstancias de la obtención, especificando qué procedimientos de restauración y conservación del cadáver y prácticas de sanidad mortuoria se llevarán a cabo.

4. La obtención de células y tejidos se realizará tras la correspondiente certificación de la muerte y la práctica de las diligencias policiales y judiciales si las hubiera.

.- NORMA: Código Ético y Deontológico Médico. Art. 10.5.

Contenido

“si el enfermo no estuviese en condiciones de dar su consentimiento por ser menor de edad, estar incapacitado o por la urgencia de la situación, y resultase imposible obtenerlo de su familiar o representante legal, el médico deberá prestar los cuidados que le dicte su conciencia profesional”.

Comentario

Este precepto vulnera la Convención al hacer referencia a la incapacitación lo que supone considerar que algunas personas con discapacidad carecen, por tal motivo, de capacidad para prestar su consentimiento en el ámbito médico. Igualmente, este precepto no contempla las medidas de apoyo ni atiende a las exigencias de accesibilidad.

Propuesta

Habría que modificar el artículo, ya que deberá de respetarse la opinión y voluntad expresada a través cualquier medio suficientemente comprensible por parte de la persona con discapacidad, según lo señala el artículo 21 de la Convención. Esto se complementaría con la aplicación del sistema de apoyo.

Texto de la norma

“si el enfermo no estuviese en condiciones de dar su consentimiento por ser menor de edad o por la urgencia de la situación, y resultase imposible obtenerlo de su familiar, representante legal o persona de apoyo, el médico deberá prestar los cuidados que le dicte su conciencia profesional. En todo caso, el consentimiento podrá expresarse por cualquier medio comprensible. Las persona que lo precisen tendrán

derecho al uso, reconocimiento y a la prestación de las medidas de apoyo que resulten necesarias para otorgar su consentimiento”.

3.2.12 Capacidad ante operadores jurídicos claves

.-NORMA. Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa. Art. 18.

Contenido

“Tienen capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, además de las personas que la ostenten con arreglo a la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#), los menores de edad para la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela.

Los grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos, entidades todas ellas aptas para ser titulares de derechos y obligaciones al margen de su integración en las estructuras formales de las personas jurídicas, también tendrán capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo cuando la Ley así lo declare expresamente”.

Comentario

El artículo 12 de la Convención reconoce la personalidad jurídica de las personas con discapacidad e insta al reconocimiento de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de la vida. Para este ejercicio, que parte de la presunción de capacidad (contrario al modelo de sustitución y representación) se busca el establecimiento de un modelo de apoyo que permita que las personas con discapacidad puedan acceder al ejercicio de su capacidad jurídica gozando del apoyo que para ello resulte necesario. En este punto resulta esencial la conexión del art. 12 con el art. 13 de la Convención relativo al acceso a la justicia en igualdad de condiciones, que incluye la igualdad en el reconocimiento y ejercicio de la capacidad procesal.

Propuesta

Añadir una redacción que mencione que las personas con discapacidad tienen capacidad procesal en igualdad de condiciones que las demás personas, para cuyo ejercicio contarán con los apoyos que resulten necesarios.

Texto de la norma

Art. 18 LJCA

“Para garantizar a las personas con discapacidad el ejercicio de su capacidad procesal ante el orden contencioso-administrativo en igualdad de condiciones deberán cumplirse las exigencias de accesibilidad y se realizarán los ajustes razonables pertinentes en cada caso.

Las personas que tengan dificultades para el ejercicio de su capacidad procesal tendrán derecho al uso, reconocimiento y a la prestación de los apoyos que resulten necesarios. Las personas que cuentan con un plan personalizado de medidas de apoyo

tienen plena capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

En todo caso, el juez interviniente en el proceso y el Ministerio Fiscal deben comprobar el efectivo y adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo de acuerdo con lo previsto en el arts. xxx del Código civil.”

.-NORMA. Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa. Art. 30.

Contenido

“Tendrán capacidad de obrar ante las administraciones públicas, además de las personas que la ostenten con arreglo a las normas civiles, los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Se exceptúa el supuesto de menores incapacitados, cuando la extensión de la incapacitación afecta al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate”.

Comentario

El presente artículo reconoce la capacidad de obrar ante las instituciones públicas entre otros, a los menores, exceptuando a menores con discapacidad que se ajusten al supuesto que se menciona.

En tanto se excluye a los menores con discapacidad de este ejercicio, únicamente por motivos de discapacidad, resulta clara la existencia de discriminación por motivos de discapacidad enfrentada al art. 2 y al art. 12 de la Convención.

Por otro lado, este precepto también se enfrenta al art. 12 de la Convención.

Propuesta

Suprimir la redacción sobre los menores incapacitados e incluir una que señale que los menores con discapacidad contarán con los apoyos necesarios para este ejercicio.

Texto de la norma

Art. 30 LJCA

“Tendrán capacidad para actuar ante las administraciones públicas los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Los menores con discapacidad tendrán derecho a la prestación del apoyo que precisen para el ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate”.

.-NORMA. Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa. Art. 69.

Contenido

“La Sentencia declarará la inadmisibilidad del recurso o de alguna de las pretensiones en los casos siguientes: B) Que se hubiera interpuesto por persona incapaz, no debidamente representada o no legitimada”.

Comentario

El artículo justifica la inadmisibilidad de recurso si se interpone (entre otros supuestos) por una persona incapacitada.

El precepto legitima así un modelo de sustitución de la voluntad que se enfrenta al contenido del artículo 12 de la Convención.

Propuesta

Suprimir la mención a persona incapaz. Sustituir el sistema que hay, basado en la sustitución de la voluntad, por el de apoyos de la Convención.

Texto de la norma

“La Sentencia declarará la inadmisibilidad del recurso o de alguna de las pretensiones en los casos siguientes: B) Que se hubiera interpuesto sin ajustarse al plan personalizado de apoyo al ejercicio de la capacidad cuándo éste fuera preciso”.

NORMA: Ley de Procedimiento Laboral de 1990. Art. 16

Contenido

- 1. Podrán comparecer en juicio en defensa de sus derechos e intereses legítimos quienes se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles*
- 2. Tendrán capacidad procesal los trabajadores mayores de dieciséis años y menores de dieciocho respecto de los derechos e intereses legítimos derivados de sus contratos de trabajo y de la relación de Seguridad Social cuando legalmente no precisen para la celebración de dichos contratos autorización de sus padres, tutores o de la persona o institución que los tenga a su cargo, o hubieran obtenido autorización para contratar de sus padres, tutores o persona o institución que los tenga a su cargo conforme a la legislación laboral o la legislación civil o mercantil respectivamente. Igualmente tendrán capacidad procesal los trabajadores autónomos económicamente dependientes mayores de dieciséis años.*
- 3. En los supuestos previstos en el apartado anterior, los trabajadores mayores de dieciséis años y menores de dieciocho tendrán igualmente capacidad procesal respecto de los derechos de naturaleza sindical y de representación.*
- 4. Por quienes no se hallaren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles comparecerán sus representantes legítimos o los que deban suplir su incapacidad conforme a Derecho*
- 5. Por las personas jurídicas comparecerán quienes legalmente las representen. Por las comunidades de bienes y grupos comparecerán quienes aparezcan como organizadores, directores o gestores de los mismos.*

Comentario

Se enfrenta al art. 12 de la Convención al contemplar el supuesto de la incapacitación. La referencia a la las personas que se “encuentran en pleno ejercicio de los derechos civiles” remite a los requisitos de capacidad contemplados en el Código civil y, en concreto, a lo señalado en los artículos 322 y 323 por lo que se restringe la capacidad procesal de las personas incapacitadas.

Propuesta

Implementar la plena capacidad y un sistema de apoyos.

Texto de la norma

“1. Podrán comparecer en juicio en defensa de sus derechos e intereses legítimos las personas mayores de edad. 2. Tendrán capacidad procesal los trabajadores mayores de dieciséis años y menores de dieciocho respecto de los derechos e intereses legítimos derivados de sus contratos de trabajo y de la relación de Seguridad Social cuando legalmente no precisen para la celebración de dichos contratos autorización de sus padres, tutores o de la persona o institución que los tenga a su cargo, o hubieran obtenido autorización para contratar de sus padres, tutores o persona o institución que los tenga a su cargo conforme a la legislación laboral o la legislación civil o mercantil respectivamente. Igualmente tendrán capacidad procesal los trabajadores autónomos económicamente dependientes mayores de dieciséis años.

3. En los supuestos previstos en el apartado anterior, los trabajadores mayores de dieciséis años y menores de dieciocho tendrán igualmente capacidad procesal respecto de los derechos de naturaleza sindical y de representación.

Por los trabajadores mayores de dieciséis años y menores de dieciocho que no se encuentren en la situación descrita en los anteriores apartados comparecerán sus representantes legítimos. 4. Los trabajadores que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y a la prestación de las medidas de apoyo que resulten necesarias para ejercer su capacidad procesal. Los trabajadores que cuentan con un plan personalizado de medidas de apoyo, y actúen conforme a él, tienen plena capacidad procesal ante el orden jurisdiccional laboral.

6. Por las personas jurídicas comparecerán quienes legalmente las representen. Por las comunidades de bienes y grupos comparecerán quienes aparezcan como organizadores, directores o gestores de los mismos.”

.- NORMA. Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil. Art 6.

Contenido

1. Podrán ser parte en los procesos ante los tribunales civiles:

- 1. Las personas físicas.*
- 2. El concebido no nacido, para todos los efectos que le sean favorables.*
- 3. Las personas jurídicas.*
- 4. Las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración.*
- 5. Las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte.*
- 6. El Ministerio Fiscal, respecto de los procesos en que, conforme a la ley, haya de intervenir como parte.*
- 7. Los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables. Para demandar en juicio será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados.*

8. *Las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.*
2. *Sin perjuicio de la responsabilidad que, conforme a la ley, pueda corresponder a los gestores o a los partícipes, podrán ser demandadas, en todo caso, las entidades que, no habiendo cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado.*

Comentario

De acuerdo a lo estipulado por la LEC, la capacidad para ser parte es un concepto mucho más amplio que el conformado por el CC, pues, reconoce el derecho a pedir la tutela judicial efectiva ante los tribunales civiles a las personas, grupos, o sujetos diferentes a la persona física individualmente considerada. No obstante, en interpretación sistemática con los artículos 7 y 8 de la LEC, el legislador procesal hace una diferenciación entre la capacidad para ser parte y la capacidad para comparecer en el juicio, desde la perspectiva civilista de separación entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar. Aunque la norma aislada no infringe directamente la Convención, en la interpretación sistemática de este artículo con las otras disposiciones civiles y procesales puede sobrellevar un caso de discriminación de estas personas.

Propuesta

Se hace necesaria la adición de un párrafo al artículo 6º de la Ley de Enjuiciamiento Civil que advierta el reconocimiento de la plena capacidad de estas personas susceptibles de vulneración o simplemente dejar intacto el precepto porque las disposiciones civiles deben ser cambiadas en cuanto a la incapacitación judicial.

Texto de la norma

Las personas con discapacidad tendrán derecho al cumplimiento de las exigencias de accesibilidad y a la realización de los ajustes razonables que resulten necesarios para garantizar su capacidad para ser parte en los procesos ante los tribunales civiles. Las personas que lo precisen tendrán derecho al reconocimiento y a la prestación de las medidas de apoyo que se consideren necesarias para poder ser parte. Las personas que cuentan con un plan personalizado de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica tienen plena capacidad para ser parte.

En todo caso, el juez interviniente en el proceso y el Ministerio Fiscal deben comprobar el efectivo y adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo de acuerdo con lo previsto en el art. 215 del Código civil.

.- NORMA. Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil. Art 7.

Contenido

1. *Sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.*

2. Las personas físicas que no se hallen en el caso del apartado anterior habrán de comparecer mediante la representación o con la asistencia, la autorización, la habilitación o el defensor exigidos por la ley.

Comentario

El artículo citado establece cuáles son los sujetos que tienen capacidad procesal para realizar válidamente actos procesales o para comparecer en el juicio, que corresponde enteramente con el régimen de capacidad de obrar regulado por las disposiciones del Código Civil.

El legislador ha optado por remitirse a las premisas establecidas en el CC sobre la capacidad de obrar. Esta división entre capacidad jurídica y de obrar no coincide con el nuevo paradigma establecido en el artículo 12 de la Convención. En lo que respecta a la posibilidad de las personas con discapacidad (declarada previamente por sentencia) a realizar válidamente actos procesales se remite a las medidas de sustitución (tutor, representante) o de asistencia (curador), medidas determinadas previamente en el proceso judicial oportuno. El acto de la comparecencia ha de realizarse por la persona con discapacidad acompañado de la persona física o jurídica que le represente en su sustitución (tutor) o le apoye (curador). Desde la visión del artículo 12, se considera necesario que el legislador partiendo de la presunción de capacidad jurídica de las personas con discapacidad, prevea la provisión a las personas con discapacidad de los apoyos que les permitan acceder al ejercicio de esa capacidad en igualdad de condiciones con las demás personas.

Propuesta

Suprimir la referencia al “pleno ejercicio de los derechos civiles” en tanto supone la exclusión de las personas incapacitadas. Añadir una redacción que señale que las personas con discapacidad contarán con los apoyos que les permitan acceder al ejercicio de su capacidad jurídica para comparecer en juicio en igualdad de condiciones.

Texto de la norma

- 1. Podrán comparecer en juicio las personas mayores de edad.*
- 2. Los menores de edad habrán de comparecer mediante la representación legal exigida por la ley.*
- 3. Para garantizar a las personas con discapacidad su comparecencia en juicio en igualdad de condiciones deberán cumplirse las exigencias de accesibilidad y se realizarán los ajustes razonables necesarios en cada caso.*
- 4. Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y a la prestación de las medidas de apoyo que resulten necesarias para comparecer en juicio. Las personas que cuentan con un plan personalizado de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica tienen plena capacidad para comparecer en juicio. En todo caso, el juez interviniente en el proceso y el Ministerio Fiscal deben comprobar el efectivo y adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo de acuerdo con lo previsto en el art. xxx y ss. del Código civil.*

.- NORMA. Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil. Art 8.

Contenido

1. Cuando la persona física se encuentre en el caso del apartado segundo del [artículo anterior](#) y no hubiere persona que legalmente la represente o asista para comparecer en juicio, el tribunal le nombrará, mediante providencia, un defensor judicial, que asumirá su representación y defensa hasta que se designe a aquella persona.

2. En el caso a que se refiere el apartado anterior y en los demás en que haya de nombrarse un defensor judicial al demandado, el Ministerio Fiscal asumirá la representación y defensa de éste hasta que se produzca el nombramiento de aquel.

En todo caso, el proceso quedará en suspenso mientras no conste la intervención del Ministerio Fiscal.

Comentario

El artículo parte de la no presunción de la capacidad jurídica de ciertas persona, supuesto contrario al artículo 12 de la Convención.

Propuesta

Añadir una redacción que señale que las personas con discapacidad contarán con los apoyos que les permitan acceder al ejercicio de su capacidad jurídica para comparecer en juicio en igualdad de condiciones.

Implementar y fortalecer medidas de control de la asistencia personal a fin de evitar la influencia indebida en las decisiones de las personas con discapacidad.

Texto de la norma

1. Cuando la persona física se encuentre en el caso del apartado segundo del [artículo anterior](#) y no hubiere persona que legalmente la represente o asista para comparecer en juicio, el tribunal le nombrará, mediante providencia, un defensor judicial, que asumirá su representación y defensa hasta que se designe a aquella persona.

2. En el caso a que se refiere el apartado anterior y en los demás en que haya de nombrarse un defensor judicial al demandado, el Ministerio Fiscal asumirá la representación y defensa de éste hasta que se produzca el nombramiento de aquel.

En todo caso, el proceso quedará en suspenso mientras no conste la intervención del Ministerio Fiscal.

3. Cuando la persona física se encuentre en el caso del apartado tercero del artículo anterior y no cuente con los mecanismos de apoyo adecuados el tribunal está obligado a proporcionarle dichos apoyos.

.- NORMA. Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil. Art 9.

Contenido

La falta de capacidad para ser parte y de capacidad procesal podrá ser apreciada de oficio por el tribunal en cualquier momento del proceso.

Comentario

El precepto impone al juzgador la apreciación de la falta de capacidad para ser parte y de capacidad procesal, en cualquier momento del proceso, por ser un presupuesto insustituible para la validez de los actos que conforman el trámite judicial.

El artículo citado reitera las disposiciones que regulan el régimen de capacidad para ser parte y de capacidad procesal que se identifica con el sistema de capacidad regulado por el Derecho Civil.

El legislador no coincide con el nuevo paradigma del artículo 12 de la Convención sobre la presunción de capacidad plena de las personas con discapacidad estableciendo imposiciones al juzgador para apreciar la falta de capacidad de obrar de la persona para ser parte durante el proceso, reenviándole al procedimiento de declaración de incapacidad establecido en el Código civil.

Propuesta

Añadir una redacción que señale que tratándose de personas con discapacidad su capacidad jurídica no se determinará de hecho por su condición de discapacidad.

El juez puede de oficio apreciar la necesidad de complementar la capacidad procesal estableciendo apoyos

Texto de la norma

“La falta de capacidad para ser parte podrá ser apreciada de oficio por el tribunal en cualquier momento del proceso. La necesidad de contar con medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad para ser parte y de la capacidad procesal también podrá ser apreciada por el tribunal de oficio en cualquier momento del proceso quedando obligado el tribunal a proporcionar los apoyos necesarios”.

.- NORMA. Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil. Art 10.

Contenido

Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso.

Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular.

Comentario

El artículo 10 se refiere a la legitimación (de naturaleza no procesal) para ser parte durante el juicio en dos modalidades: La primera, la legitimación ordinaria (i), de quien “afirma la titularidad del derecho subjetivo material e imputa al demandado la titularidad de la obligación”. La segunda, la legitimación extraordinaria (ii), que se refiere a los otros supuestos “en que las normas procesales permiten expresamente interponer la pretensión a quien no puede afirmar la titularidad del derecho subjetivo”.

Propuesta

No es necesaria la reforma siempre y cuando desaparezca en otros preceptos la discriminación hacia las personas con discapacidad.

.- NORMA. Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil. Art 361.

Contenido

“podrán ser testigos todas las personas salvo que se hallen permanentemente privadas de razón o del uso de los sentidos respecto de los hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos”.

Comentario

El precepto regula la idoneidad para ser testigos ante los procesos civiles en los que solo se excluye de la posibilidad de rendir testimonio a las personas que se hallen permanentemente privadas de la razón o del uso de los sentidos que se relacionen directamente con los hechos que quepa tener conocimiento por estos además de a los menores de 14 años si a juicio del juzgador lo considera conveniente.

La Convención hace referencia a la igualdad ante la ley de las personas con discapacidad y a la igualdad en el acceso a la justicia. Si bien desde el punto de vista del modelo médico rehabilitador se parte de que una persona con discapacidad no puede por motivos de su discapacidad comparecer como testigo, también lo es que para el modelo social, esta limitación se da por el entorno muchas veces, y no por la deficiencia que la persona tenga, sea cual fuere esta.

Evidentemente no resulta sencillo permitir a las personas con discapacidad acceder a ser testigos en tanto ello implica cuestiones de accesibilidad en los mecanismos previstos para testificar, y tampoco resulta sencillo determinar qué apoyos se requiere para ello, no obstante, ello no justifica la restricción de su derecho a hacerlo y en atención a ello la Convención apunta a la previsión de medidas de apoyo que resulten pertinentes.

La expresión “permanentemente privados de la razón” se hace en términos abstractos y confusos que generan la exclusión de las personas con diversidad funcional en el ejercicio del derecho-deber de testimoniar en igualdad de condiciones y a su vez, una franca violación al principio de seguridad jurídica... Igualmente, la expresión “o del uso de sentidos respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos”, no tiene en cuenta las circunstancias tiempo, modo y lugar de los hechos que son objeto del testimonio, pues una persona que no ha perdido el 100% de su vista pudo ser un testigo ocular ante un caso de delito de homicidio, por lo tanto parece desproporcionada la exclusión del testimonio. Es necesario que un dictamen pericial primero dictamine si puede o no excluirse el elemento probatorio y la probabilidad de certeza entre la pérdida del sentido y el hecho a testimoniar.

Propuesta

Debe buscarse una redacción que manifieste que cuando una persona con discapacidad comparezca como testigo, contará con los apoyos que requiera para ello y su testimonio no se invalidará por motivo de su discapacidad. Es importante señalar que debe contarse con una previsión que señale que habrá personal especializado para prestar estos apoyos y para determinar en qué casos excepcionalmente la situación de la persona no le permite ser testigo.

Texto de la norma

“podrán ser testigos todas las personas salvo que se encuentren en una situación que les impida tener conocimiento de los hechos acontecidos.

“si el testigo es una persona con discapacidad se velará por el cumplimiento de las medidas de accesibilidad y se realizarán todos los ajustes que resulten necesarios”

“las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y a la prestación de los apoyos que puedan necesitar para dar testimonio. El testimonio dado por personas con cuentan con un plan personalizado de medidas de apoyo de conformidad con las previsiones contenidas en dicho plan debe considerarse válido”.

.- NORMA. Ley 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado. Art. 8

Contenido

Son requisitos para ser jurado:

- 1. Ser español mayor de edad.*
- 2. Encontrarse en el pleno ejercicio de sus derechos políticos.*
- 3. Saber leer y escribir.*
- 4. Ser vecino, al tiempo de la designación, de cualquiera de los municipios de la provincia en que el delito se hubiere cometido.*
- 5. No estar impedido física, psíquica o sensorialmente para el desempeño de la función de Jurado.*

Comentario

La normatividad regula los requisitos para ser jurado, entre ellos, ser español mayor de edad, ejercer plenamente los derechos políticos, saber leer y escribir (art. 8.3), ser vecino de cualquiera de los municipios en que el delito se hubiere cometido y, finalmente, no estar impedido física, psíquica o sensorialmente para el desempeño de la función de jurado (art. 8.5).

Los párrafos 3 y 5 pueden presentarse como supuestos de discriminación por motivos de discapacidad, conforme a lo dispuesto por la Convención en su artículo 2. Por una parte, leer y escribir para las personas con discapacidad puede suponer un problema si el artículo solo considerase (no lo especifica) la lectura y escritura en tinta. Por otra parte, el párrafo 5 utiliza el término impedido que, si bien no tiene por qué referirse necesariamente a las personas con discapacidad, sí que puede hacerlo, supuesto que, al estar motivado en la discapacidad, se enmarca en el supuesto de discriminación por discapacidad de la Convención.

Propuesta

Sustituir el texto del párrafo tercero por uno en cuya redacción se incluya lo que la Convención entiende por lenguaje y comunicación (braille, lengua de señas, el uso de amplificadores de texto, etc.).

Modificar la redacción del párrafo 5 y señalar que las personas con discapacidad contarán con los apoyos necesarios para el acceso al ejercicio de este derecho en igualdad de condiciones.

Establecer que las administraciones públicas competentes provean los medios de apoyo necesarios a los tribunales de justicia para que las personas con discapacidad puedan ejercer su derecho a ser jurado.

Texto de la norma

Son requisitos para ser jurado:

- 7. Ser español mayor de edad.*
- 8. Encontrarse en el pleno ejercicio de sus derechos políticos.*
- 9. Poder conformar y expresar la voluntad por cualquier medio.*
- 10. Ser vecino, al tiempo de la designación, de cualquiera de los municipios de la provincia en que el delito se hubiere cometido.*

11. Las personas con discapacidad tendrán derecho al cumplimiento de las medidas de accesibilidad y a la realización de los ajustes razonables que resulten necesarios para garantizar el ejercicio de la función de jurado en igualdad de condiciones.

Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y a la prestación de las medidas de apoyo que resulten necesarias para el ejercicio de la función de jurado. Las personas que cuentan con un plan personalizado de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica pueden desempeñar la función de jurado de conformidad con las previsiones contenidas en dicho plan.

.- NORMA. *Reglamento Notarial de 1944 modificado por REAL DECRETO 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944. Art. 156*

Contenido

“La comparecencia de toda escritura indicará:... 8.º La afirmación de que los otorgantes, a juicio del notario, tienen la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiera, en la forma establecida en este Reglamento, así como, en su caso, el juicio expreso de suficiencia de las facultades de representación”.

Comentario

Este artículo se enmarca dentro del modelo médico rehabilitador y, en lo que se refiere a la capacidad, en el modelo de sustitución, contrario a la Convención en su artículo 12. El artículo no parte de la presunción de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad sino de la ausencia de esta y da al notario la facultad de en lo que a él compete, considerarla o no.

Debería sustituirse el modelo de sustitución por el de apoyo y exigir que el notario compruebe que la persona cuenta con los apoyos necesarios para ejercer su capacidad.

Propuesta

Modificar la redacción de este artículo.

Previsión de apoyos, supervisión y control de abusos.

Texto de la norma

“La comparecencia de toda escritura indicará:... 8.º La afirmación de que los otorgantes, a juicio del notario, tienen capacidad legal suficiente para otorgar el acto o contrato al que la escritura se refiera, en la forma establecida en este Reglamento así como en su caso, el juicio expreso de suficiencia de las facultades de representación 9º Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de las medidas de apoyo que resulten necesarias para otorgar dichos actos y contratos y para otorgar su escritura pública 10º Las escrituras públicas de los actos o contratos suscritos por personas que cuentan con un plan personalizado de apoyo para el

ejercicio de su capacidad jurídica deben considerarse plenamente válidas 11° El Notario deberá, en todo caso, comprobar que los apoyos con los que cuenta la persona resultan suficientes y velar por su adecuado funcionamiento de acuerdo con lo establecido en los arts. 215 y ss. del Código civil.

.- NORMA. *Reglamento Notarial de 1944 modificado por REAL DECRETO 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944. Art. 182.*

Contenido

“Son incapaces o inhábiles para intervenir como testigos en la escritura: 1.º Las personas que no posean el discernimiento necesario para conocer y para declarar o para comprender el acto o contrato a que el instrumento público se refiere.”

Comentario

Este párrafo ha sido modificado por el RD 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención. Con anterioridad a esta reforma este precepto establecía que *“Son incapaces o inhábiles para intervenir como testigos en la escritura: 1.º Las personas con discapacidad psíquica, los invidentes, los sordos y los mudos”*. Esta previsión claramente discriminaba a las personas con discapacidad por lo que se enfrenta al artículo 2 de la Convención en tanto que niega el reconocimiento del derecho de las personas con discapacidad de ser testigos basándose en su discapacidad.

La redacción actual, si bien ha mejorado la anterior, resulta insatisfactoria en tanto no contempla medidas de accesibilidad, ajustes y medidas de apoyo. Además, la referencia a la capacidad de discernimiento puede aplicarse desproporcionadamente y resultar excluyente para las personas con discapacidad psíquica o mental.

Propuesta

Modificación del precepto de acuerdo con los elementos señalados.

Texto de la norma

1. No podrán ser testigos en escrituras públicas las personas que se encuentren en una situación que les impida conformar o expresar su voluntad por cualquier medio.

2. Las personas con discapacidad tendrán derecho a la adopción de todas las medidas de accesibilidad y a la realización de ajustes razonables para poder intervenir como testigos en las escrituras públicas en igualdad de condiciones.

3. Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y a la prestación de las medidas de apoyo necesarias para intervenir en estos actos. La escritura pública en la que intervengan testigos que cuenten con un plan personalizado de apoyo será válida, siempre que su intervención se ajuste a lo establecido en dicho plan. El notario ante quien se otorgue la escritura velará por el adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo de acuerdo con lo señalado en los arts. 215 y ss. del Código civil.

.- NORMA. Código Civil. Art. 20.

Contenido

1. Tienen derecho a optar por la nacionalidad española:
 - a. Las personas que estén o hayan estado sujetas a la patria potestad de un español.
 - b. Aquellas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España.
 - c. Las que se hallen comprendidas en el segundo apartado de los artículos 17 y 19.
- “2. La declaración de opción se formulará:
 - a. Por el representante legal del optante, menor de catorce años o incapacitado. En este caso, la opción requiere autorización del encargado del Registro Civil del domicilio del declarante, previo dictamen del Ministerio Fiscal. Dicha autorización se concederá en interés del menor o incapaz”.

Comentario:

Atendiendo al modelo de sustitución, el artículo considera a las personas incapacitadas carentes de capacidad jurídica para el ejercicio del derecho de opción por la nacionalidad española, asimilando su situación a la de los menores de catorce años debiendo ejercerse este derecho por su representante legal. Este supuesto implica una discriminación por motivo de discapacidad en tanto impone, además, una serie de requisitos para el ejercicio de derecho de opción por la nacionalidad española a los que el resto de personas no están sometidas y si lo están las personas con discapacidad por el hecho de estar en situación de discapacidad. Los menores con o sin discapacidad lo están, pero los mayores de edad no. Para este supuesto, una persona con discapacidad, con independencia de su edad, se ve discriminada en el ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones que los demás.

Propuesta

Suprimir el término “incapacitado”.

Texto de la norma

1. Tienen derecho a optar por la nacionalidad española:
 - a. Las personas que estén o hayan estado sujetas a la patria potestad de un español.
 - b. Aquellas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España.
 - c. Las que se hallen comprendidas en el segundo apartado de los artículos 17 y 19.
2. La declaración de opción se formulará:
 - a. Por el representante legal del optante, menor de catorce años. En este caso, la opción requiere autorización del encargado del Registro Civil del domicilio del declarante, previo dictamen del Ministerio Fiscal. Dicha autorización se concederá en interés de la persona en cuyo nombre se realiza.
3. Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de las medidas de apoyo que resulten necesarias para ejercer su derecho a optar por la nacionalidad española. La opción realizada por una persona que cuenta con un plan personalizado de medidas apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica de conformidad con las previsiones contenidas en dicho plan, debe considerarse plenamente válida. En todo caso, el encargado del Registro Civil del domicilio del declarante debe controlar el efectivo y adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo de acuerdo con lo señalado en los arts. 215 y ss. de este Código.

.- NORMA. Código Civil. Art. 21.3d)

Contenido

“3. En uno y otro caso la solicitud podrá formularla:

d). El representante legal del incapacitado o el incapacitado, por sí solo o debidamente asistido, según resulte de la sentencia de incapacitación.

En este caso y en el anterior, el representante legal sólo podrá formular la solicitud si previamente ha obtenido autorización conforme a lo previsto en la letra a del apartado 2 del artículo anterior”.

Comentario

Este precepto se refiere al proceso de incapacitación y al modelo de sustitución y, por tanto, resulta contradictorio con el art. 12 de la Convención.

Propuesta

Proponer una redacción que introduzca los nuevos referentes del tratamiento de la capacidad jurídica. La referencia a la autorización para que el representante legal pueda formular la solicitud debe entenderse referida a la situación de los menores de 14 años, de acuerdo con la redacción dada al artículo 20 del Código civil.

Texto de la norma

“3. En uno y otro caso la solicitud podrá formularla:

d). La persona que cuente con un plan personalizado de apoyo, por sí sola, o debidamente asistida de conformidad con dicho plan.

.- NORMA. Código civil. Arts. 662, 663 y 664

Contenido

.- Art. 662:

“Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente”.

.- Art. 663:

“Están incapacitados para testar:

3. Los menores de catorce años de uno y otro sexo.

4. El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio”.

.- Art. 664:

“El testamento hecho antes de la enajenación mental es válido”.

Comentario

Aunque la referencia a la persona que “habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio” puede abarcar otras situaciones, como por ejemplo aquella en la que la persona se encuentra bajo los efectos del alcohol, de hecho se aplica de manera desproporcionada a las personas con discapacidad por lo que resulta discriminatoria. Además, un análisis de este precepto constata : (i) que no se cuenta con parámetros mínimos que indiquen cuál es el procedimiento pertinente para evaluar esa capacidad natural; (ii) que se basa en el paradigma médico-rehabilitador al formular los supuestos en los que no se tiene capacidad para testar sin tener en cuenta la directa relación entre el acto jurídico y las posibles circunstancias que impidan que el titular ejerza su derecho con autonomía libre, consciente y voluntaria; (iii) que no se establecen medidas de apoyo para promover el ejercicio de la autonomía.

Respecto al artículo 664 del Código civil, el legislador debe regular las causales que generarían la invalidez del testamento de manera que no comporten una posible discriminación por razón de la discapacidad.

Propuesta

Se propone modificar los artículos 662, 663 y 664 del Código civil, en el marco de un nuevo procedimiento de apoyo a la toma de decisiones, y de acuerdo con los siguientes lineamientos:

-Las causales que impiden el otorgamiento de testamento deberían describirse de un modo lo más neutral posible e inclusivo para las personas con discapacidad (la terminología que actualmente se utiliza necesariamente reconduce a restricciones y limitaciones por motivo de discapacidad). La redacción de las mismas deberá hacerse conforme a necesidades específicas o a situaciones objetivas de carencia que impidan que la persona pueda conformar o expresar su voluntad.

- Debería establecerse un protocolo para la evaluación objetiva y razonable de las situaciones en las que la persona no puede conformar o expresar su voluntad ni siquiera con el establecimiento de los apoyos necesarios. Igualmente debería reconocerse al notario la facultad de remitir la evaluación de esa falta de capacidad para otorgar el testamento (y de las medidas de apoyo que se pusieron a disposición para poder llevar a cabo la actuación), cuando lo considere necesario, a las autoridades competentes a fin de que expidan un peritaje médico y psicosocial, susceptible de impugnación. La evaluación de esa falta de capacidad para testar o de la reconstrucción de la misma, deberá tener una directa relación, entre la circunstancia y el acto realizable o consumado.

-Por último, deberán disponerse las medidas de apoyo que sean necesarias para facilitar a las personas con discapacidad sus actuaciones y diligencias ante la administración pública y ante los órganos judiciales, con el objeto de contrarrestar las posibles circunstancias o barreras que, dependiendo del caso en concreto, impiden el ejercicio de los derechos de las personas con diversidad funcional, en igualdad de condiciones.

Texto de la norma

.- Art. 662. Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente.

.- Art. 663

“No podrán testar:

3. Los menores de catorce años de uno y otro sexo.

4. Las personas que se encuentran en una situación que les impide conformar o expresar su voluntad por cualquier medio.

.- Art. 663 bis: Cuando las personas cuenten con un plan personalizado de apoyo a la capacidad, el testamento se otorgará ante Notario, que velará porque las garantías previstas en el mencionado plan se cumplan.

.- Art. 664: Derogación del precepto

.- NORMA. Código civil. Art. 665.

Contenido

“Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad”.

Comentario

En virtud de este artículo, la persona cuya capacidad de ejercicio está restringida podrá llevar a cabo el acto testamentario siempre y cuando no exista expreso pronunciamiento judicial sobre esta cuestión en la sentencia de incapacitación. Este artículo presupone, por ende, que la incapacitación puede afectar a la capacidad para testar impidiendo a las personas con discapacidad la realización de este acto sin tener en cuenta la situación en la que se encuentran en el momento en el que pretenden otorgar testamento y sin que se establezcan los apoyos necesarios para promover que pueda expresar y conformar su voluntad en esta materia, lo que contrasta frontalmente con el artículo 12 de la Convención.

Propuesta

Se propone la modificación de la norma para introducir la referencia a los apoyos y la obligación del notario de comprobar que la persona al momento de la realización el acto jurídico cuenta con los mecanismos de apoyo necesarios para llevar a cabo el mismo y garantizar su adecuado funcionamiento.

Texto de la norma

“Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de las medidas de apoyo que resulten necesarias para otorgar testamento. El testamento otorgado por una persona que cuenta con un plan personalizado de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica de conformidad con las previsiones contenidas en dicho plan deberá considerarse plenamente válido. En todo caso, el Notario deberá controlar el efectivo y adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo de acuerdo con lo señalado en los arts. XXX y ss. de este Código”.

.- NORMA. Código civil. Art. 694, 696 y 697.

Contenido

.- Art. 694:

“El testamento abierto deberá ser otorgado ante Notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento.

Sólo se exceptuarán de esta regla los casos expresamente determinados en esta misma Sección”.

.- Art. 696:

“El Notario dará fe de conocer al testador o de haberlo identificado debidamente y, en su defecto, efectuará la declaración prevista en el artículo 686. También hará constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento”.

.- Art. 697:

“Al acto de otorgamiento deberán concurrir dos testigos idóneos:

- 4. Cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento.*
- 5. Cuando el testador, aunque pueda firmarlo, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento.*

Si el testador que no supiese o no pudiese leer fuera enteramente sordo, los testigos leerán el testamento en presencia del Notario y deberán declarar que coincide con la voluntad manifestada.
6. Cuando el testador o el Notario lo soliciten”.

Comentario

Los artículos antes reseñados regulan el tema relativo al acto testamentario abierto. Mediante el artículo 696 del Código civil, se faculta al Notario para evaluar la capacidad legal del testador. En el sentido antes señalado, deberían establecerse protocolos para que el notario pueda recibir asistencia en la evaluación de dicha capacidad.

Por su parte, el numeral 2º del artículo 697 señala las situaciones en las cuales deberán concurrir dos testigos “idóneos” al otorgamiento del testamento, en atención a las deficiencias en las funciones sensoriales del testador (visual y auditiva). Al margen de la cuestión del lenguaje, dicho enunciado, a la luz de los postulados convencionales resulta totalmente discriminatorio toda vez que presume la falta de capacidad de este específico colectivo de personas para llevar a cabo el acto testamentario, en igualdad de condiciones.

Propuesta

Dentro del establecimiento de un procedimiento de apoyo a la toma de decisiones, se recomienda:

-Respecto al artículo 696 del CCE establecer un mecanismo de apoyo al Notario para la evaluación de la capacidad del testador. De esta manera, lo que el Notario deberá determinar de manera principal es que la persona cuenta con los medios de apoyo suficientes para conformar y para expresar su voluntad.

-Respecto al artículo 697 del CCE se recomienda su reformulación.

Texto de la norma

Art. 696

“El Notario dará fe de conocer al testador o de haberlo identificado debidamente y, en su defecto, efectuará la declaración prevista en el artículo 686. También hará constar que, a su juicio, el testador se halla en situación de otorgar testamento, y, en su caso, que los apoyos utilizados para la realización de este acto han sido los adecuados”.

Art. 697.

Durante el acto testamentario, y cuando la situación lo requiera, el Notario o quien haga sus veces pondrá a disposición de los intervinientes los apoyos técnicos, físicos y humanos necesarios para hacer totalmente comprensible el acto que se está realizando. Cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento se establecerán mecanismos comprensibles, archivables y documentables para autenticar su identidad. Al acto de otorgamiento deberán concurrir dos testigos idóneos cuando el testador o el Notario lo soliciten”.

.- NORMA. Código civil. Art. 56.

Contenido

“Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente, en expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código.

Si alguno de los contrayentes estuvieren afectados por deficiencias y anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”.

Comentario

El primer inciso de este artículo resulta acorde con las disposiciones convencionales, si se entiende que deberán prestarse las medidas necesarias de apoyo para evitar restricciones al ejercicio de la capacidad. En todo caso, podría suprimirse la referencia a la capacidad. En cuanto al segundo inciso, es necesario modificar la redacción de la norma para adecuarla a los términos convencionales, toda vez que parte de un supuesto que resulta totalmente discriminatorio al presumir, como regla general, que una deficiencia psíquica conlleva ínsita la falta de capacidad para prestar consentimiento. Unido a lo anterior, la norma asume la discapacidad como un problema patológico que impide al sujeto el disfrute de sus libertades, apartándose entonces de las disposiciones de la Convención Internacional, que adopta el modelo social de la discapacidad.

Propuesta

Se propone la supresión del término capacidad dentro del primer párrafo.

Se propone la modificación del segundo párrafo.

Texto de la norma

“Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente, en expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de idoneidad establecidos en este Código.

Si alguno de los contrayentes, por cualquier motivo, se encontrase en una situación que le impidiese conformar y expresar su voluntad por cualquier medio, se exigirá dictamen pericial sobre su aptitud para prestar el consentimiento.

En todo caso, las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y a la prestación de las medidas de apoyo que resulten necesarias para ejercer su derecho a contraer matrimonio. El consentimiento emitido conforme a un plan personalizado de apoyo al ejercicio de la capacidad debe considerarse plenamente válido. El encargado del Registro Civil controlará el efectivo y adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo de acuerdo con lo establecido

.- NORMA. Código Civil. Art. 123

Contenido

El reconocimiento de un hijo mayor de edad no producirá efectos sin su consentimiento expreso o tácito.

Comentario/Propuesta

Es necesario contemplar medidas de apoyo para poder otorgar el consentimiento al reconocimiento.

Texto de la norma

El reconocimiento de un hijo mayor de edad no producirá efectos sin su consentimiento expreso o tácito. Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento

y a la prestación de las medidas de apoyo para otorgar dicho consentimiento. El consentimiento emitido por aquellos que cuenten con un plan personalizado de medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad, de conformidad con dicho plan, será plenamente válido. La autoridad que intervenga en este reconocimiento deberá velar por el adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo de conformidad con los arts. 215 y ss. del Código civil.

.- NORMA. Código Civil. Art. 124

Contenido

“La eficacia del reconocimiento del menor o incapaz requerirá el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido.

No será necesario el consentimiento o la aprobación si el reconocimiento se hubiere efectuado en testamento o dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento. La inscripción de paternidad así practicada podrá suspenderse a simple petición de la madre durante el año siguiente al nacimiento. Si el padre solicitara la confirmación de la inscripción, será necesaria la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal”.

Comentario

En concordancia con las justificaciones anteriores, este artículo implica un supuesto de discriminación por motivo de discapacidad.

Propuesta

Modificación de la norma: se recomienda suprimir del articulado la expresión “incapaz”; introducir los apoyos y la referencia al plan personalizado de apoyo.

Texto de la norma

“La eficacia del reconocimiento del menor requerirá el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido.

La eficacia del reconocimiento de una persona mayor de edad que no puede conformar o expresar su voluntad por cualquier medio requerirá el consentimiento expreso de la persona que desempeñe apoyos obligatorios. El Ministerio Fiscal deberá intervenir en estos casos para controlar el efectivo y adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo de acuerdo con lo señalado en este Código,

No será necesario el consentimiento o la aprobación si el reconocimiento se hubiere efectuado en testamento o dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento. La inscripción de paternidad así practicada podrá suspenderse a simple petición de la madre durante el año siguiente al nacimiento. Si el padre solicitara la confirmación de la inscripción, será necesaria la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal”.

.- NORMA. Código Civil. Art. 1.330

Contenido

“El incapacitado judicialmente solo podrá otorgar capitulaciones matrimoniales con la asistencia de su representante legal y, en su caso, autorizado por el consejo de familia”.

Comentario

Este artículo, basado en un régimen de incapacitación contrario a la Convención, restringe el derecho de ciertas personas a decidir sobre cuestiones tan propias como las capitulaciones matrimoniales en las que se permite la sustitución.

Propuesta

Debe implementarse el modelo de apoyo en la toma de decisiones en esta materia.

Texto de la norma

Art. 1330:

“Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de las medidas de apoyo que resulten necesarias para otorgar capitulaciones matrimoniales. Las capitulaciones otorgadas por una persona que cuenta con un plan personalizado de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica de conformidad con las previsiones contenidas en dicho plan deberán considerarse plenamente válidas. En todo caso, las autoridades o funcionarios públicos deberán controlar el efectivo y adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo de acuerdo con lo señalado en los arts.XXX y ss. de este Código”.

.- NORMA. Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. Art. 3.

Contenido

“1. Carecen de derecho de sufragio:

- d. Los condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento.*
- e. Los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.*
- f. Los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que dure su internamiento siempre que en la autorización el juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.*

2. A los efectos previstos en este artículo, los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento deberán pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio.

En el supuesto de que esta sea apreciada, lo comunicarán al Registro Civil para que se proceda a la anotación correspondiente”.

Comentario

Hay una cuestión relativa a los términos. El término “incapacitado” no es conforme al modelo social de la discapacidad ni al modelo de la diversidad que promueve la Convención.

La limitación del derecho de sufragio a una persona con discapacidad no cabe de manera general y deberá, en ciertos casos arbitrarse un sistema de apoyos. Sólo en casos excepcionales podrá privarse a la persona de este derecho si bien debe extremarse la

carga argumentativa del juez. En sus Observaciones Finales sobre el Informe presentado por el gobierno español en cumplimiento del art. 35 de la Convención, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha mostrado su preocupación porque “se pueda restringir el derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial si la persona interesada ha sido privada de su capacidad jurídica o ha sido internada en una institución. Le inquieta además que la privación de ese derecho parezca ser la regla y no la excepción. El Comité lamenta la falta de información sobre el rigor de las normas en materia de prueba, sobre los motivos requeridos y sobre los criterios aplicados por los jueces para privar a las personas de su derecho de voto. El Comité observa con preocupación el número de personas con discapacidad a las que se ha denegado el derecho de voto”. En este sentido, el “Comité recomienda que se revise toda la legislación pertinente para que todas las personas con discapacidad, independientemente de su deficiencia, de su condición jurídica o de su lugar de residencia, tengan derecho a votar y a participar en la vida pública en pie de igualdad con los demás. El Comité pide al Estado parte que modifique el artículo 3 de la Ley orgánica N° 5/1985, que autoriza a los jueces a denegar el derecho de voto en virtud de decisiones adoptadas en cada caso particular. La modificación debe hacer que todas las personas con discapacidad tengan derecho a votar. Además, se recomienda que todas las personas con discapacidad que sean elegidas para desempeñar un cargo público dispongan de toda la asistencia necesaria, incluso asistentes personales”

Propuesta

Suprimir el término “incapacitado”.

Adaptar el precepto al sistema de apoyos.

Afianzar lo relativo al plus de motivación que debe exigirse al juez en estos casos.

Texto de la norma

“1. Carecen de derecho de sufragio:

- c. Los condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento.***
- d. Los ingresados en un centro de salud mental con autorización judicial, durante el periodo que dure su internamiento siempre que en la autorización el juez declare expresamente la privación del ejercicio del derecho de sufragio. Solamente podrá declararse esta privación cuando la persona no pueda conformar o expresar por ningún medio su voluntad. Esta declaración deberá ser motivada atendiendo a la situación particular de la persona.***
- 6. Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de los apoyos necesarios para el ejercicio del derecho de sufragio. El establecimiento de un plan personalizado de apoyos a través del procedimiento regulado en los arts. 757 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil no supondrá la privación del derecho de sufragio.***
- 7. Únicamente en aquellos casos en los que la persona se encuentre en una situación en la que no pueda conformar o expresar por ningún medio su voluntad y preferencias el juez podrá privar a la persona del ejercicio de derecho de sufragio. En todo caso, tal privación deberá ser motivada atendiendo a la situación particular de la persona. En el supuesto de que esta sea apreciada, lo comunicarán al Registro Civil para que se proceda a la anotación correspondiente”.***

.- NORMA: *Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Art. 3*

Contenido

.- Art. 3:

“Constitución.

1. Podrán constituir un patrimonio protegido:

- a) La propia persona con discapacidad beneficiaria del mismo, siempre que tenga capacidad de obrar suficiente.*
- b) Sus padres, tutores o curadores cuando la persona con discapacidad no tenga capacidad de obrar suficiente.*
- c) El guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica podrá constituir en beneficio de éste un patrimonio protegido con los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquéllos y en los que hubiera sido designado beneficiario; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los [artículos 303, 304 y 306 del Código Civil](#).*

2. Cualquier persona con interés legítimo podrá solicitar de la persona con discapacidad o, en caso de que no tenga capacidad de obrar suficiente, de sus padres, tutores o curadores, la constitución de un patrimonio protegido, ofreciendo al mismo tiempo una aportación de bienes y derechos adecuados, suficiente para ese fin.

En caso de negativa injustificada de los padres o tutores, el solicitante podrá acudir al fiscal, quien instará del juez lo que proceda atendiendo al interés de la persona con discapacidad. Si el juez autorizara la constitución del patrimonio protegido, la resolución judicial determinará el contenido a que se refiere el apartado siguiente de esta ley. El cargo de administrador no podrá recaer, salvo justa causa, en el padre, tutor o curador que se hubiera negado injustificadamente a la constitución del patrimonio protegido.

3. El patrimonio protegido se constituirá en documento público, o por resolución judicial en el supuesto contemplado en el apartado anterior.

Dicho documento público o resolución judicial tendrá, como mínimo, el siguiente contenido:

- a) El inventario de los bienes y derechos que inicialmente constituyan el patrimonio protegido.*
- b) La determinación de las reglas de administración y, en su caso, de fiscalización, incluyendo los procedimientos de designación de las personas que hayan de integrar los órganos de administración o, en su caso, de fiscalización. Dicha determinación se realizará conforme a lo establecido en el [artículo 5 de esta ley](#).*
- c) Cualquier otra disposición que se considere oportuna respecto a la administración o conservación del mismo.*

Los notarios comunicarán inmediatamente la constitución y contenido de un patrimonio protegido por ellos autorizado al fiscal de la circunscripción correspondiente al domicilio de la persona con discapacidad, mediante firma electrónica avanzada. Igual remisión efectuarán de las escrituras relativas a las aportaciones de toda clase, que se realicen con posterioridad a su constitución.

El fiscal que reciba la comunicación de la constitución de un patrimonio protegido y no se considere competente para su fiscalización lo remitirá al fiscal que designe el Fiscal General del Estado, de acuerdo con su Estatuto Orgánico”.

Comentario

De acuerdo con la mencionada ley, el patrimonio protegido podrá ser constituido por la propia persona con discapacidad siempre y cuando tenga capacidad de obrar suficiente (Art. 3.1.a); o por sus padres, tutores o curadores, cuando no cuenten con dicha capacidad (Art. 3.1.b); o por el guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica, con los bienes que los padres o tutores le hubiesen dejado mediante título de herencia, o en virtud de pensiones constituidas a su favor (3.1.c). Dicho patrimonio se extingue por la muerte del beneficiario o cuando éste deja de tener la condición de persona con discapacidad (Art. 6.1).

El vocablo capacidad de obrar suficiente, es discriminatorio a la luz de la Convención, por ser un término totalmente excluyente y que se supedita a lo dispuesto en las normas sobre restricción al ejercicio de la capacidad, que son contradictorias con el propio espíritu de la Convención.

Es necesario anotar, que de acuerdo con la Convención, las personas con discapacidad tienen la capacidad jurídica en igualdad de condiciones que el resto de personas. En tal sentido, señalar que podrán constituir un patrimonio protegido las personas con discapacidad siempre que tengan capacidad de obrar suficiente sería contrario a la Convención, porque partiría de una premisa claramente restrictiva: que algunas personas con discapacidad no tienen capacidad de obrar suficiente.

Propuesta

Suprimir “capacidad de obrar suficiente”.

Suprimir el párrafo relativo a la discapacidad psíquica.

Eliminar la supeditación a la regulación del sistema de incapacitación judicial que hace el Código Civil.

Reconocer la plena capacidad a las personas con discapacidad para la realización de los actos jurídicos mencionados.

Admitir la implementación del modelo de apoyo en la toma de decisiones, dependiendo del caso en concreto y como forma de garantía del derecho a la igualdad.

Implementar y fortalecer medidas de control de la asistencia personal a fin de evitar la influencia indebida en las decisiones de las personas con discapacidad.

Capacitar en materia de derechos humanos a los operadores jurídicos tratando de esta manera de prevenir la burocratización que pudiera entorpecer el acceso a los trámites relacionados con la constitución del patrimonio protegido de las personas con discapacidad.

Texto de la norma

“Constitución.

1. Podrán constituir un patrimonio protegido:

a) La propia persona con discapacidad beneficiaria del mismo. Para su constitución las personas con discapacidad deberán contar con las medidas de apoyo que resulten necesarias. Las personas con discapacidad que cuenten con un plan personalizado de medidas de apoyo podrán establecer un patrimonio protegido de conformidad con las previsiones contenidas en dicho plan. El Notario deberá controlar el efectivo y adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo de acuerdo con lo señalado en el art. 215 del Código civil.

b) Sus padres o personas de apoyo cuando la persona con discapacidad no pueda conformar o expresar su voluntad por cualquier medio.

2. Cualquier persona con interés legítimo podrá solicitar de la persona con discapacidad o en relación con las personas mencionadas en el apartado 1b) la

constitución de un patrimonio protegido, ofreciendo al mismo tiempo una aportación de bienes y derechos adecuados, suficiente para ese fin.

En caso de negativa injustificada de los padres o personas de apoyo, el solicitante podrá acudir al fiscal, quien instará del juez lo que proceda atendiendo al interés de la persona con discapacidad. Si el juez autorizara la constitución del patrimonio protegido, la resolución judicial determinará el contenido a que se refiere el apartado siguiente de esta ley

.- NORMA. Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos. Disposición adicional única.

Contenido

“Legitimación del Ministerio Fiscal y de los tutores o guardadores de hecho para obtener información de organismos públicos en relación con el ejercicio de la tutela o guarda de hecho.

1. El Ministerio Fiscal estará legitimado para solicitar y obtener la información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés a fin de poder fundamentar su criterio en relación con el trámite de aprobación de las cuentas anuales y de la cuenta general justificativa de la administración que presente el tutor al extinguirse la tutela, así como en cualquier otro caso en que resulte necesario o conveniente a fin de permitir el cumplimiento de las medidas de vigilancia y control que se hayan acordado judicialmente respecto del ejercicio de la tutela o guarda de hecho.

2. Estarán obligados a facilitar la información a que se refiere el apartado anterior, con sujeción a sus respectivas normas de procedimiento, la Agencia Estatal de Administración Tributaria, las Haciendas Forales de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra, los centros u organismos públicos de gestión tributaria de las Comunidades Autónomas, los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, los Notarios y cualquier otro organismo público que por razón de sus funciones y competencias pueda tener información de la relevancia patrimonial o contable a que se refiere esta norma.

3. La persona física o jurídica, pública o privada, que ejerce la función tutelar o, en su caso, el guardador de hecho estarán legitimados para solicitar y obtener de los organismos públicos la información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés para el ejercicio de sus funciones”.

Comentario

El presente artículo otorga facultades para el acceso de información en casos de la extinción de la tutela.

Es necesario modificar el artículo y adaptarlo al modelo de apoyo en conformidad con el art. 12 de la Convención.

Propuesta

Modificación del artículo.

Texto de la norma

“Legitimación del Ministerio Fiscal para obtener información de organismos públicos en relación con el ejercicio de la tutela o de funciones de apoyo a la capacidad.

1.El Ministerio Fiscal estará legitimado para solicitar y obtener la información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés a fin de poder fundamentar su criterio en relación con el control anual y final del funcionamiento de la tutela de los menores y de los planes personalizados de medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica, así como en cualquier otro caso en que resulte necesario o conveniente a fin de permitir el cumplimiento de las medidas de vigilancia que se hayan acordado judicialmente respecto del ejercicio de la tutela o las medidas de apoyo.

2. Estarán obligados a facilitar la información a que se refiere el apartado anterior, con sujeción a sus respectivas normas de procedimiento, la Agencia Estatal de Administración Tributaria, las Haciendas Forales de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra, los centros u organismos públicos de gestión tributaria de las Comunidades Autónomas, los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, los Notarios y cualquier otro organismo público que por razón de sus funciones y competencias pueda tener información de la relevancia patrimonial o contable a que se refiere esta norma.

3. La persona física o jurídica, pública o privada, que ejerce la función tutelar estarán legitimados para solicitar y obtener de los organismos públicos la información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés para el ejercicio de sus funciones. En el caso de que se trate de información relativa a personas que cuenten con un plan personalizado de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, será necesario obtener su previo consentimiento

3.2.13. Capacidad jurídica en las relaciones laborales y sindicales

.- NORMA: Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Art. 4.2

Contenido

“Derechos laborales.

2. En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho:

- a. A la ocupación efectiva.*
- b. A la promoción y formación profesional en el trabajo, así como al desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a favorecer su mayor empleabilidad.*
- c. A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta Ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español.*

Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.

- d. A su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene.*

- e. *Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.*
- f. *A la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida.*
- g. *Al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo.*
- h. *A cuantos otros se deriven específicamente del contrato de trabajo”.*

Comentario

Los Derechos laborales contenidos en el artículo 4.2 del Estatuto de los Trabajadores, donde se resalta el derecho de las personas a no ser discriminadas por razón de discapacidad- supeditado a la aptitud y capacidad para la realización de la prestación laboral objeto del contrato- constituyen derechos de los que goza el trabajador que ha podido realizar el contrato laboral. Es decir, para aquella persona que ha cumplido con los parámetros que en la evaluación de ingreso se presentaron en cuanto a la capacidad de obrar. Estos derechos afectarían a aquellas personas que siendo ya trabajadores empleados, tendrán una especial protección por razón de discapacidad, pero en todo caso esta protección especial ha de formar parte de las políticas públicas.

A su vez, siguiendo un modelo que pone el énfasis en lo individual como causa del problema, se elige detallar quienes no podrán realizar una tarea (en base a su deficiencia/enfermedad/ etc.) en lugar de enunciar que “estarán aseguradas todas las condiciones ambientales para que la persona pueda desarrollar al máximo su capacidad”, poniendo de esta manera el énfasis, en el ambiente/ contexto del individuo.

Es un enunciado discriminatorio, hacia las personas con discapacidad, y en clara oposición a la Convención. La Convención parte de la base de la plena capacidad si bien en los casos necesarios se deban adoptar medidas de salvaguarda, de apoyo o complemento no sustitutivo adecuados en cada caso, partiendo del principio general de igualdad de condiciones frente a los demás.

Propuesta

Habría que suprimir el párrafo “hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate” En efecto, resultaría innecesario que se señale aquella condición pues la aptitud para desempeñar un trabajo no dependerá solo de la persona con discapacidad sino de la falta de medios necesarios para que esa persona pueda desempeñar tal función. En tal sentido, esta norma sería claramente contraria a la Convención, apoyándose en la particularidad individual y no poniendo el énfasis en el medio.

Además, el artículo parte de un supuesto totalmente desatinado toda vez que indirectamente concibe que una persona que no tenga aptitud para desempeñar un determinado cargo o para desarrollar una labor podría quedar expuesta a situaciones “justificadas” de discriminación.

En los casos en que no se contara con los medios suficientes para poder desarrollar una determinada labor deberían de adaptarse los mecanismos, lo que se denomina ajustes razonables, para poder realmente tener igualdad en acceso a esos puestos de trabajo (acceso universal).

En síntesis, se debería enunciar que se “asegurarán todas las condiciones de infraestructura para que la persona pueda desarrollar la tarea”, en lugar de determinar (discriminatoriamente) quienes, por una limitación determinada, no podrán llevarla a cabo.

Texto de la norma

“Derechos laborales.

2. En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho:

a. A la ocupación efectiva.

b. A la promoción y formación profesional en el trabajo, así como al desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a favorecer su mayor empleabilidad.

c. A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta Ley, origen racial o étnico, discapacidad, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español.

d. A su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene.

e. Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.

f. A la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida.

g. Al cumplimiento de las exigencias de accesibilidad universal, a la realización de ajustes razonables y al uso de medidas de apoyo para el desempeño de su trabajo y el ejercicio de sus derechos en el ámbito laboral

h. Al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo.

i. A cuantos otros se deriven específicamente del contrato de trabajo”.

.- NORMA: Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Art. 7:

Contenido

“Capacidad para contratar.

Podrán contratar la prestación de su trabajo:

a. Quienes tengan plena capacidad de obrar conforme a lo dispuesto en el [Código Civil](#).

b. Los menores de dieciocho y mayores de dieciséis años, que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores, o con autorización de la persona o institución que les tenga a su cargo.

Si el representante legal de una persona de capacidad limitada la autoriza expresa o tácitamente para realizar un trabajo, queda ésta también autorizada para ejercitar los derechos y cumplir los deberes que se derivan de su contrato y para su cesación.

c. Los extranjeros, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia”.

Comentario

El legislador ha optado por distinguir entre personas con plena capacidad de obrar y personas que no tienen plena capacidad de obrar para ejercer el derecho a realizar contratos laborales, distinción que no coincide con el paradigma de la presunción de la plena capacidad que poseen las personas con discapacidad en el artículo 12 de la Convención

Propuesta

Reconocer la plena capacidad a las personas con discapacidad para la realización de los actos jurídicos mencionados, de conformidad al Art.12 de la Convención. Admitir la implementación del modelo de apoyo de las decisiones.

Texto de la norma

“Capacidad para contratar.

Podrán contratar la prestación de su trabajo:

a. Las personas mayores de dieciocho años.

b. Los menores de dieciocho y mayores de dieciséis años, que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores, o con autorización de la persona o institución que les tenga a su cargo.

c. Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y a la prestación de las medidas de apoyo que puedan necesitar para realizar un contrato de trabajo. Los contratos de trabajo realizados por una persona que cuenta con un plan personalizado de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica de conformidad con las previsiones contenidas en dicho plan deben considerarse plenamente válidos La autoridad laboral y, en su caso, los representantes sindicales, supervisarán los contratos suscritos por la personas que precisan de apoyos para la toma de decisiones para garantizar que éstos han sido efectivos.

d. Los extranjeros, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia”.

.- NORMA: Ley orgánica de libertad sindical 11/1985. Artículo 1, numerales 1 y 2

Contenido

“1. Todos los trabajadores tienen derecho a sindicarse libremente para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales.

2. A los efectos de esta Ley, se consideran trabajadores tanto aquellos que sean sujetos de una relación laboral como aquellos que lo sean de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones Públicas”

Comentario

Los numerales 1 y 2 del artículo 1 de la Ley orgánica, reconocen el ejercicio de la libertad sindical, esto es, el derecho a sindicarse o no sindicarse, de todos los trabajadores para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales. Acto seguido, la ley entiende con la expresión “trabajadores” tanto aquellos que sean sujetos de una relación laboral como aquellos que lo sean de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones Públicas (art. 4.1, literal c).

Sin embargo, en interpretación sistemática con la parte final art. 7, literal b, solo pueden asociarse las personas que hayan creado vínculo laboral y que sean plenamente “capaces”. Es decir, en nuestra interpretación de los dos enunciados, para que la persona que ha sido incapacitada pueda asociarse, debe estar previamente autorizada para celebrar el contrato laboral, en virtud de la conexión material para el ejercicio de derechos y deberes anunciada en el punto anterior.

Propuesta

Aunque el artículo de la ley orgánica de libertad sindical no hace una expresa alusión al régimen de capacidad para asociarse, si consideramos necesario que:

En primer lugar, se reconozca expresamente la plena capacidad de las personas con discapacidad para el ejercicio o no ejercicio de la libertad sindical.

En segundo, se adecúe el articulado a los términos de la Convención en el entendido que establezca mecanismos de apoyo suficientes para el ejercicio de derechos y deberes derivados de las relaciones sindicales.

Texto de la norma

1. Las personas con discapacidad tienen derecho a la libertad sindical en igualdad de condiciones. Para garantizar este derecho se cumplirán las exigencias de accesibilidad y se establecerán los ajustes razonables que resulten necesarios.
2. Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y a la prestación de las medidas de apoyo que puedan necesitar para el ejercicio de este derecho.

ANEXO I

PROCEDIMIENTO DE MODIFICACION DE LAS NORMAS AFECTADAS POR EL ART. 12

Las normas afectadas por la Convención, en el Ordenamiento jurídico español, pueden ser, básicamente, normas constitucionales, leyes orgánicas, leyes ordinarias estatales, leyes ordinarias autonómicas, reales decretos (y otras normas reglamentarias) y otras.

A continuación se exponen los procedimientos de reforma para cada uno de estos tipos de normas.

Procedimiento de reforma de normas constitucionales

La iniciativa de reforma constitucional corresponde al Gobierno, al Congreso y al Senado, de acuerdo con la Constitución y los Reglamentos de las Cámaras, en virtud de lo establecido en los artículos 87 y 166 de la Constitución. Los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de las tres quintas partes de cada una de las Cámaras (Art. 167.1 C.P). De no lograrse la aprobación mediante el procedimiento del apartado anterior, y siempre que el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, el Congreso por mayoría de dos tercios podrá aprobar la reforma (Art. 167.2 C.P). Después de aprobada ésta por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras (Art. 167.3 C.P)

Procedimiento de reforma de leyes orgánicas

Mediante leyes orgánicas se regula las cuestiones relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución (Art. 81 C.P). En virtud del artículo 87 de la Constitución la iniciativa legislativa corresponde al Gobierno, al Congreso y al Senado, de acuerdo con la Constitución y los Reglamentos de las Cámaras. Los proyectos de Ley serán aprobados en Consejo de Ministros, que los someterá al Congreso, acompañados de una exposición de motivos y

de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos (Art. 88 C.P). Aprobado un proyecto de Ley orgánica por el Congreso de los Diputados, su Presidente dará inmediata cuenta del mismo al Presidente del Senado, el cual lo someterá a la deliberación de éste (Art. 90.1 C.P). La aprobación, modificación o derogación de las Leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto (Art. 81.2 C.P) El Rey sancionará la ley en el plazo de quince días las Leyes aprobadas por las Cortes Generales, y las promulgará y ordenará su inmediata publicación (Art. 91 C.P)

Procedimiento de reforma de leyes ordinarias

De acuerdo con el artículo 87 de la Constitución la iniciativa legislativa corresponde al Gobierno, al Congreso y al Senado, de acuerdo con la Constitución y los Reglamentos de las Cámaras. Los proyectos de Ley serán aprobados en Consejo de Ministros, que los someterá al Congreso, acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos (Art. 88 C.) Aprobado un proyecto de Ley ordinaria por el Congreso de los Diputados, su Presidente dará inmediata cuenta del mismo al Presidente del Senado, el cual lo someterá a la deliberación de éste (Art. 90.1 C.P). El Senado, en el plazo de dos meses a partir del día de la recepción del texto, puede, mediante mensaje motivado, oponer su veto o introducir enmiendas al mismo. El veto deberá ser aprobado por mayoría absoluta. El proyecto no podrá ser sometido al Rey para sanción sin que el Congreso ratifique por mayoría absoluta, en caso de veto, el texto inicial, o por mayoría simple, una vez transcurridos dos meses desde la interposición del mismo, o se pronuncie sobre las enmiendas, aceptándolas o no por mayoría simple (Art. 90.2 C.P) El plazo de dos meses de que el Senado dispone para vetar o enmendar el proyecto se reducirá al de veinte días naturales en los proyectos declarados urgentes por el Gobierno o por el Congreso de los Diputados (Art. 90.3). El Rey sancionará en el plazo de quince días las Leyes aprobadas por las Cortes Generales, y las promulgará y ordenará su inmediata publicación (Art. 91 C.P)

Procedimiento de reforma de decretos legislativos

Las disposiciones del Gobierno que contengan legislación delegada recibirán el título de Decretos Legislativos (Art. 85 C.P). De acuerdo con el artículo 82 de la Constitución las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar

normas con rango de Ley sobre materias que no sean de materia exclusiva de ley orgánica. La delegación legislativa deberá otorgarse mediante una Ley de bases cuando su objeto sea la formación de textos articulados o por una Ley ordinaria cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo (Art. 82.1 C.P) Las Leyes de bases delimitarán con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio (Art. 82.4 C.P)

Procedimiento de reforma de reales decretos (y otras normas reglamentarias)

El Real Decreto es un reglamento emitido y aprobado por el Consejo de Ministros que no tiene rango de ley.

ANEXO II

PRINCIPIOS PARA LA INTERPRETACIÓN Y

APLICACIÓN DEL ART. 12 A NIVEL LOCAL

UNA PROPUESTA DESDE LA RED IBEOAMERICANA

DE EXPERTOS EN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL

SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON

DISCAPACIDAD

Introducción

El presente documento tiene como objetivo sentar las bases de interpretación y de aplicación el art. 12 de la CDPD desde un análisis jurídico del mismo.

A dichos efectos la propuesta ha sido confeccionada sobre la base de las siguientes fuentes jurídicas: a) el texto de la CDPD y en especial el objeto y fin del tratado; b) los trabajos preparatorios y los archivos de los debates durante las sesiones del Comité Especial; c) los tratados universales y regionales de derechos humanos; d) las prácticas de los Comités de los respectivos tratados, en especial del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; e) normas convencionales y consuetudinarias de derecho internacional general; f) La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969; g) principios generales del derecho internacional; h) normas de derecho blando en especial resoluciones, recomendaciones, e informes de organizaciones internacionales; i) jurisprudencia internacional; j) doctrina; k) derecho comparado; y l) buenas prácticas.

Asimismo y a los efectos de estructurar mejor el contenido de los principios se ha dividido la propuesta en las siguientes seis partes: 1) Aspectos generales; 2) Art. 12 párrafo 1; 3) Art. 12 párrafo 2; 4) Art. 12 párrafo 3; 5) Art. 12 párrafo 4; y 6) Art. 12 párrafo 5.

Principios para la Interpretación y Aplicación del artículo 12 de la CDPD

Aspectos generales

1. El artículo 12 debe considerarse como el estándar máximo de protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad. Como norma emergente de derecho internacional vinculante y caracterizada como *lex specialis* y *lex posteriori*, deberá prevalecer sobre cualquier otra disposición de derecho internacional sea convencional, consuetudinaria o de derecho blando;

2. El artículo 12 tiene como objeto asegurar el derecho a la igualdad y a la no discriminación en relación con el goce y ejercicio del derecho a la personalidad jurídica y a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. El derecho a la igualdad y a la no discriminación puede ser considerado como norma de *jus cogens* internacional, y que refleja la esencia de la CDPD. Por ello y a luz del artículo 19 de la Convención de Viena sobre los tratados, los Estados Partes de la Convención deberán abstenerse de emitir reservas o declaraciones interpretativas;
3. El artículo 12 se aplica específicamente a las personas con discapacidad. El concepto de persona con discapacidad deberá interpretarse de acuerdo con lo establecido en el artículo 1 de la CDPD, es decir, deberá incluir ***“aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”***. Esta definición deberá incluir a toda las personas que, sin perjuicio del concepto o definición adoptado a nivel nacional por parte de los Estados Parte, pueden quedar comprendidas según lo estipulado en el artículo 1 de la CDPD;
4. El artículo 12 pretende asegurar el derecho a la igualdad y a la no discriminación en relación con el derecho a la personalidad y a la capacidad jurídica. El concepto de discriminación por motivo de discapacidad deberá interpretarse de conformidad con lo establecido en el artículo 2 de la CDPD y deberá comprender ***“cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”***. No se consideran discriminatorias las medidas positivas orientadas a alcanzar la igualdad de hecho de las personas con discapacidad;
5. El artículo 12 pretende asegurar que las personas con discapacidad tengan el derecho a tomar decisiones acerca del goce y ejercicio de todos sus derechos humanos. El derecho a tomar decisiones deberá interpretarse de conformidad con lo establecido en los principios recogidos en el artículo 3 de la CDPD por lo que deberá asegurar ***“el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”*** con discapacidad;

Artículo 12, párrafo 1

6. El párrafo 1 del artículo 12 reafirma una norma consolidada de derecho internacional de los derechos humanos recogida en varios tratados

internacionales tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 16), así como en la Convención Interamericana de Derechos Humanos (art. 3) y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. El propósito de esta disposición es asegurar la igualdad y la no discriminación de las personas con discapacidad en el reconocimiento del derecho a la personalidad jurídica.

7. Aunque sea mencionado como igualdad ante la ley o como personalidad jurídica, este derecho debe ser interpretado como el poder de todas las personas con discapacidad de ser reconocidas como titulares de derechos humanos en igualdad de condiciones con los demás;
8. Los Estados Partes deberán asegurar que ninguna persona con discapacidad sea discriminada por motivo de discapacidad en el reconocimiento de su derecho a la personalidad jurídica. y, por tanto, en el reconocimiento de los demás derechos humanos. A dichos efectos deberán *“adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la”* CDPD;
9. Los Estados Partes deberán prestar especial atención al interpretar y aplicar el párrafo 1 en conexión con el artículo 10. Las normas o prácticas que permitan un tratamiento diferenciado entre personas con o sin discapacidad en relación con el derecho a la vida tanto, antes, como luego del nacimiento de las personas constituye una discriminación por motivo de discapacidad y consecuentemente una denegación del derecho a la personalidad jurídica reconocido en el párrafo 1 del artículo 12;
10. Los Estados Partes deberán prestar especial atención al interpretar y aplicar el párrafo 1 en conexión con el artículo 18. La denegación del derecho a la registración ante el nacimiento y como consecuencia de ello del derecho al nombre, a la documentación (en formatos accesibles) y a la nacionalidad podría dejar sin efecto el derecho a la personalidad jurídica reconocido en el párrafo 1 del artículo 12;
11. Los Estados Partes deberán prestar especial atención al interpretar y aplicar el párrafo 1 en conexión con el artículo 23. Las normas o prácticas que permitan la esterilización forzada (considerada como crimen internacional en virtud del Estatuto de Roma de 1998 sobre la Corte Penal Internacional) o la denegación de los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás podrían dejar sin efecto el derecho a la personalidad jurídica reconocido en el párrafo 1 del artículo 12;

Artículo 12, párrafo 2

12. El párrafo 2 del artículo 12 pretende asegurar que las personas con discapacidad tengan “capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”;
13. El concepto de “capacidad jurídica” recogido en el párrafo 2 del artículo 12 a la luz del objeto y fin del tratado -artículo 1 de la CDPD-, del artículo 3.a) de la CDPD, de los trabajos preparatorios, y del artículo 15 de la CEFDM, deberá interpretarse como “capacidad de obrar” o “capacidad de ejercicio” y deberá comprender el poder de toda persona con discapacidad de tomar decisiones en nombre propio;
14. La noción de “todos los aspectos de la vida” recogido en el párrafo 2 del artículo 12 deberá interpretarse como cualquier decisión relativa al goce y ejercicio de los derechos humanos de las personas con discapacidad que tenga como propósito o efecto crear, modificar o extinguir derecho y/u obligaciones de los cuales la persona resulta titular;
15. El párrafo 2 del artículo 12 reconoce una garantía de igualdad en el goce y ejercicio del derecho de las personas con discapacidad a la capacidad jurídica. Por ello debe interpretarse como un derecho de aplicación inmediata y no sujeto a restricción alguna por motivo de discapacidad;
16. Los Estados Partes deberán prestar especial atención al interpretar y aplicar el párrafo 2 en relación con aquellas normas o prácticas que permiten la incapacitación de personas con discapacidad por motivo de discapacidad y como consecuencia de ello, el nombramiento de un tutor o curador que sustituye a la persona en la toma de decisiones. Toda norma o práctica que permita declarar a una persona con discapacidad como incapaz de tomar decisiones en nombre propio por motivo de discapacidad deberá considerarse como incompatible con el derecho reconocido en el párrafo 2 del artículo 12;
17. Los Estados Partes deberán prestar especial atención al interpretar y aplicar el párrafo 2 en relación con el artículo 13 de la CDPD sobre el derecho de acceso a la justicia. Las normas o prácticas que menoscaben o denieguen a las personas con discapacidad su derecho de acceso a la justicia en nombre propio y con legitimación procesal para cuestionar cualquier medida que consideren restrictiva de sus derechos humanos por motivo de discapacidad, deberá considerarse como incompatible con el derecho reconocido en el párrafo 2 del artículo 12;
18. Los Estados Parte deberán prestar especial atención al interpretar y aplicar el párrafo 2 en relación con aquellas normas o prácticas que permiten privar o limitar la capacidad de ejercicio de los derechos humanos (el derecho al voto, a contraer matrimonio, de acceso a la justicia y otros que se detallarán en los siguientes números) o el desempeño de ciertas funciones o cargos (ejercer como

jurado, testigo etc.) por motivo de discapacidad que deberán considerarse como incompatibles con el derecho reconocido en el párrafo 2 del artículo 12;

19. Los Estados Partes deberán prestar especial atención al interpretar y aplicar el párrafo 2 en relación con el artículo 14 de la CDPD sobre el derecho a la libertad y seguridad personal. Las normas o prácticas que permitan la privación de la libertad de personas con discapacidad por motivo de discapacidad tales como la institucionalización por motivo de salud mental o la reclusión en centros psiquiátricos ante alegación de inimputabilidad penal o peligrosidad social, deberán considerarse como incompatible con el derecho reconocido en el párrafo 2 del artículo 12;
20. Los Estados Partes deberán prestar especial atención al interpretar y aplicar el párrafo 2 en relación con el artículo 15 de la CDPD sobre la protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes. Las normas o prácticas que permitan la realización de procedimientos tales como experimentos médicos o científicos, o el suministro de fármacos o sometimiento a tratamientos médicos invasivos sin consentimiento libre e informado por motivo de discapacidad, deberán considerarse como torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Para que el consentimiento libre e informado sea válido el mismo deberá siempre reflejar la decisión de la propia persona y deberá procurar la provisión de los ajustes razonables necesarios;
21. Los Estados Partes deberán prestar especial atención al interpretar y aplicar el párrafo 2 en relación con el artículo 16 de la CDPD sobre la protección contra la explotación, la violencia y el abuso. Las normas o prácticas que priven en la práctica a la persona con discapacidad de protección contra las situaciones de explotación, violencia, abuso y malos tratos por motivo de discapacidad deberán considerarse como incompatible con el derecho reconocido en el párrafo 2 del artículo 12. Por ello los Estados Partes deberán procurar que todas las personas con discapacidad puedan acceder en igualdad de condiciones con los demás a las autoridades a fin de reportar en formatos y procedimientos accesibles y, en su caso, de solicitar el castigo de situaciones de explotación, violencia, abuso y malos tratos;
22. Los Estados Partes deberán prestar especial atención al interpretar y aplicar el párrafo 2 en relación con el artículo 17 de la CDPD sobre la protección de la integridad personal. Las normas o prácticas que supongan un menoscabo de la integridad personal, sea física o mental, de las personas con discapacidad tales como las esterilizaciones forzadas, el suministro de fármacos y el sometimiento a tratamientos médicos sin el consentimiento propio de la persona libre, informado y provisto de los ajustes razonables necesarios deberán considerarse como incompatible con el derecho reconocido en el párrafo 2 del artículo 12;

Artículo 12, párrafo 3

23. El párrafo 3 del artículo 12 reconoce el derecho de las personas con discapacidad **“al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”**. Este derecho supone una herramienta, para la persona que lo solicita, de garantizar la igualdad de oportunidades con los demás, y no podrá suponer nunca una restricción al derecho a la capacidad jurídica reconocido en el párrafo 2 del artículo 12;
24. Como consecuencia de lo señalado en el párrafo precedente, y sin perjuicio de la denominación que se adopte por cada Estado Parte, la existencia del **“apoyo”**, en el sentido del párrafo 3, debe determinarse mediante la inexistencia de la sustitución en la toma de decisiones de la persona en cuestión y el establecimiento de mecanismos de asistencia en la adopción de dichas decisiones;
25. La frase **“apoyo que puedan necesitar”** inserta en el párrafo 3 debe interpretarse desde la perspectiva del concepto social de discapacidad recogido en el inciso e) del preámbulo, es decir, **“que es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”**. Consecuentemente la **“necesidad”** de los apoyos debe determinarse desde la existencia de **“barreras debidas a la actitud y al entorno”** y no meramente mediante patrones médicos;
26. La frase **“en el ejercicio de su capacidad jurídica”** inserta en el párrafo 3 debe interpretarse en sentido amplio y no exclusivamente en la manifestación de la toma de decisiones. Por ello, debe interpretarse como que comprende todo el proceso de la toma de decisiones, incluido el momento anterior del descubrimiento y expresión de los deseos y preferencias;
27. La noción de **“apoyo”** del párrafo 3, debe adoptar un enfoque comprensivo, pues su implantación requiere, entre otras cosas, promover o crear las figuras de apoyo y dotarlas de un estatus normativo, destinar recursos materiales y financieros, adoptar medidas en el terreno de la educación para capacitar a las personas con discapacidad, a las propias personas de apoyo y a diferentes profesionales, etc.
28. Asimismo, el sistema de apoyos debe diseñarse de manera abierta, pensando en todas las personas que pueden tener dificultades en la toma de sus decisiones; debe adaptarse a las diferentes situaciones personales y sociales teniendo en cuenta el tipo de acto jurídico implicado y el tipo de figura de apoyo, y debe proyectarse no sólo en el ámbito patrimonial, sino en todas las esferas de actuación de la persona. El sistema de apoyos deberá orientarse a promover y potenciar la autonomía y las posibilidades de ejercicio de los derechos humanos. En su implantación, que necesariamente deberá ser gradual o paulatina, deben

tener un papel protagonista las propias personas con discapacidad. Y en su funcionamiento debe respetarse la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad, incluso en la elección de la propia figura o persona de apoyo.

29. Los apoyos previstos en el párrafo 3 deben interpretarse como herramientas específicas y relativas al ejercicio de la capacidad jurídica. Por ello la obligación de prever apoyos no exime al Estado de su obligación de garantizar la accesibilidad, por ejemplo, en referencia al entorno físico, los medios de transporte, los servicios, la información y las comunicaciones; así como garantizar los ajustes razonables en todos los ámbitos en los que debe ejercerse la capacidad jurídica de conformidad con lo establecido en los artículos 9 y 5 respectivamente.
30. Los Estados Partes deberán prestar especial atención al interpretar y aplicar el párrafo 3 en relación con el artículo 19 de la CDPD sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad. Las normas o prácticas que supongan un menoscabo del derecho a la vida independiente y la inclusión en la comunidad por considerar que las personas con discapacidad carecen de capacidad jurídica deberán considerarse incompatibles con el art. 12;

Artículo 12, párrafo 4

31. El párrafo 4 del artículo 12 tiene como principal objetivo “***que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos***”. Consecuentemente debe entenderse que las salvaguardas se proyectan sobre los mecanismos de apoyo, orientándose a evitar los abusos y, por lo tanto, no podrán suponer nunca una restricción al derecho a la capacidad jurídica reconocido en el párrafo 2 del artículo 12;
32. Cuando el párrafo 4 del artículo 12 expresa que las salvaguardias deben procurar que se respeten “***los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona***”, que “***no haya conflicto de intereses ni influencia indebida***” y que “***sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona***” debe interpretarse como en referencia al sistema de apoyos establecido en el párrafo 3 del artículo 12, es decir, destinadas a salvaguardar que los apoyos que la persona requiera para el ejercicio de la capacidad jurídica no adopten la forma de sustitución en la toma de decisiones o tengan el propósito o el resultado de dejar sin efecto alguno de los derechos reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos;
33. Cuando el párrafo 4 del artículo 12 expresa que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica deben aplicarse “***en el plazo más corto***

posible”, debe entenderse que se refiere a exclusivamente a aquellas medidas excepcionales que se apliquen en los casos donde no exista modo alguno de obtener la voluntad de persona;

34. Cuando el párrafo 4 del artículo 12 expresa que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica deben estar “*sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial*” debe entenderse en realidad como en referencia al sistema de apoyos establecido en el párrafo 3 del artículo 12, es decir, susceptibles de control judicial o de autoridad estatal competente;
35. Cuando el párrafo 4 del artículo 12 expresa que las salvaguardias “*serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas*” deben entenderse en realidad como en referencia al sistema de apoyos establecido en el párrafo 3 del artículo 12, es decir, ajustadas a las circunstancias únicas de cada persona y respecto de cada acto jurídico en particular;

Artículo 12, párrafo 5

36. El párrafo 5 del artículo 12 debe interpretarse como que reafirma de forma expresa lo señalado en los principios nº 13 y 14, es decir, como que “capacidad jurídica” incluye “capacidad de obrar” y, en especial, capacidad efectiva por parte de las personas con discapacidad de gozar y ejercer los derechos patrimoniales más básicos en igualdad de condiciones. Por ejemplo, el derecho a ser propietarias y heredar bienes, a tener acceso a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero;
37. Sin perjuicio de lo señalado en el principio anterior, el párrafo 5 del artículo 12 debe servir de guía para los Estados Partes en cuanto a cuáles son los ámbitos patrimoniales más relevantes en los cuales centrar las reformas legislativas y las políticas públicas destinadas a asegurar el derecho de las personas con discapacidad a la personalidad jurídica y a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás;
38. Sin perjuicio del sistema de apoyo establecido en el párrafo 3 del artículo 12, los Estados Partes deberán prestar especial atención al interpretar y aplicar el párrafo 5 del artículo 12 en relación con los artículos 9, 21, 27 y 28, en cuanto al derecho de todas las personas con discapacidad a la accesibilidad y diseño universal, al acceso a la información “mediante cualquier forma de comunicación que elijan con arreglo a la definición del artículo 2 de la CDPD”, a “ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles”, y a gozar de “un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias”.

ANEXO III

LISTA DE NORMAS Y PROPUESTAS DE REFORMA

COMPLETA

.- NORMA. Constitución española. Art. 49

Contenido

“Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.”

Comentario

Pese a que la norma constitucional está redactada en términos del modelo médico-rehabilitador (lo que obedece muy seguramente a la visión que se tenía sobre la discapacidad en la época en que se promulgó la Constitución), la misma impone un mandato específico a los poderes públicos para que se tomen las medidas que resulten pertinentes a efectos de brindar protección a este grupo de personas, creando condiciones de igualdad respecto al reconocimiento de los derechos que la Constitución otorga a todos los ciudadanos, todo en el marco de la dignidad humana.

De ese modo, podría sugerirse efectuar algunas modificaciones al precepto constitucional no sólo en cuanto al lenguaje (“disminuidos” por “personas con discapacidad”), sino también en cuanto al enfoque que deben tener las medidas de apoyo para el disfrute de los derechos (“tratamiento”, “rehabilitación”, “atención”, etc., por “políticas de inclusión”, “autonomía”, “establecimiento de condiciones materiales necesarias”, etc.), en los términos de la Convención. Se considera, igualmente, conveniente, introducir en este precepto la referencia expresa a la accesibilidad, los ajustes razonables y los apoyos.

En todo caso, de no llevar a cabo la recomendada reforma constitucional, es necesario anotar que incluso la redacción actual de la norma permite una interpretación que dé cabida a lo que se propugna desde el modelo “social”. Esta interpretación sería obligada en virtud de lo que dispone nuestro art. 10.2 de la Constitución, que obliga a interpretar las disposiciones de derechos fundamentales de conformidad con los Tratados Internacionales ratificados sobre dichas materias y, por tanto, en el caso que nos ocupa tomando como referencia la Convención. Pero, además, a través de la interpretación extensiva de los valores superiores del ordenamiento jurídico (libertad, igualdad, justicia y pluralismo), podría establecerse un marco normativo de protección que permita el adecuado reconocimiento de los derechos de las personas en situación de discapacidad, conforme con lo dispuesto en los artículos 1.1, 10.1, 14 y 9.2 de la Constitución.

Propuesta

La redacción actual de la norma permite una interpretación que resulte acorde con los postulados convencionales.

En todo caso, una futura reforma constitucional debería reformar este precepto y adecuarlo al modelo social.

Texto de la norma

“Los poderes públicos realizarán una política de integración de las personas con discapacidad, promoviendo la autonomía personal y procurando atención a aquéllas que se encuentren en situación de dependencia. Las políticas públicas de discapacidad deben orientarse al disfrute real y efectivo por parte de las personas con discapacidad de los derechos reconocidos en el presente título, asegurando las exigencias de accesibilidad universal, la realización de ajustes razonables y el uso, reconocimiento y prestación de medidas de apoyo con el objetivo de lograr su integración plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás”.

.- NORMA. Constitución española. Art. 14

Contenido

“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”

Comentario

La Convención lucha contra la discriminación de las personas con discapacidad desde un enfoque de derechos humanos y adoptando el modelo social. Aunque el Tribunal Constitucional ha señalado que la discapacidad se encuadra dentro de la cláusula abierta “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, sería conveniente introducir en este artículo la referencia explícita a la discapacidad (no sólo la discriminación a la persona con discapacidad, sino por motivo de discapacidad que incluiría también, en la línea de la Convención, la discriminación a personas que no son ellas mismas personas con discapacidad, pero que pueden ser discriminadas “por motivos de discapacidad”, por haber tenido una discapacidad en el pasado, por ser percibidas como personas con discapacidad, por ser susceptibles de tener una discapacidad en el futuro, o por estar asociadas con personas con discapacidad). En este punto ha incidido en Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en sus Observaciones finales al informe presentado por España en cumplimiento del art. 35 de la Convención. En efecto, el Comité “insta al Estado parte a que amplíe la protección de la discriminación por motivos de discapacidad para que abarque expresamente la discapacidad múltiple, la discapacidad percibida y la asociación con una persona con una discapacidad”.

Propuesta

Una futura reforma constitucional debería reformar este precepto añadiendo la prohibición de discriminación por motivo de discapacidad.

Texto de la norma

“Las personas son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón ideología, religión o creencias; su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad, por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”

.- NORMA. Código Civil. Art. 20.

Contenido

1. *Tienen derecho a optar por la nacionalidad española:*
 - d. *Las personas que estén o hayan estado sujetas a la patria potestad de un español.*
 - e. *Aquellas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España.*
 - f. *Las que se hallen comprendidas en el segundo apartado de los artículos 17 y 19.*
- “2. *La declaración de opción se formulará:*
 - b. *Por el representante legal del optante, menor de catorce años o incapacitado. En este caso, la opción requiere autorización del encargado del Registro Civil del domicilio del declarante, previo dictamen del Ministerio Fiscal. Dicha autorización se concederá en interés del menor o incapaz”.*

Comentario:

Atendiendo al modelo de sustitución, el artículo considera a las personas incapacitadas carentes de capacidad jurídica para el ejercicio del derecho de opción por la nacionalidad española, asimilando su situación a la de los menores de catorce años debiendo ejercerse este derecho por su representante legal. Este supuesto implica una discriminación por motivo de discapacidad en tanto impone, además, una serie de requisitos para el ejercicio de derecho de opción por la nacionalidad española a los que el resto de personas no están sometidas y si lo están las personas con discapacidad por el hecho de estar en situación de discapacidad. Los menores con o sin discapacidad lo están, pero los mayores de edad no. Para este supuesto, una persona con discapacidad, con independencia de su edad, se ve discriminada en el ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones que los demás.

Propuesta

Suprimir el término “incapacitado”.

Texto de la norma

1. *Tienen derecho a optar por la nacionalidad española:*
 - d. *Las personas que estén o hayan estado sujetas a la patria potestad de un español.*
 - e. *Aquellas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España.*
 - f. *Las que se hallen comprendidas en el segundo apartado de los artículos 17 y 19.*
2. *La declaración de opción se formulará:*
 - b. *Por el representante legal del optante, menor de catorce años. En este caso, la opción requiere autorización del encargado del Registro Civil del domicilio del declarante, previo dictamen del Ministerio Fiscal. Dicha autorización se concederá en interés de la persona en cuyo nombre se realiza.*
3. *Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de las medidas de apoyo que resulten necesarias para ejercer su derecho a optar por la nacionalidad española. La opción realizada por una persona que cuenta con un plan personalizado de medidas apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica de conformidad con las previsiones contenidas en dicho plan, debe considerarse plenamente válida. En todo caso, el encargado del Registro Civil del domicilio del declarante debe controlar el efectivo y adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo de acuerdo con lo señalado en los arts. 215 y ss. de este Código.*

.- NORMA. Código Civil. Art. 21.3d)

Contenido

“3. En uno y otro caso la solicitud podrá formularla:

d). El representante legal del incapacitado o el incapacitado, por sí solo o debidamente asistido, según resulte de la sentencia de incapacitación.

En este caso y en el anterior, el representante legal sólo podrá formular la solicitud si previamente ha obtenido autorización conforme a lo previsto en la letra a del apartado 2 del artículo anterior”.

Comentario

Este precepto se refiere al proceso de incapacitación y al modelo de sustitución y, por tanto, resulta contradictorio con el art. 12 de la Convención.

Propuesta

Proponer una redacción que introduzca los nuevos referentes del tratamiento de la capacidad jurídica. La referencia a la autorización para que el representante legal pueda formular la solicitud debe entenderse referida a la situación de los menores de 14 años, de acuerdo con la redacción dada al artículo 20 del Código civil.

Texto de la norma

“3. En uno y otro caso la solicitud podrá formularla:

d). La persona que cuente con un plan personalizado de apoyo, por sí sola, o debidamente asistida de conformidad con dicho plan.

.- NORMA. Código civil. Art. 56.

Contenido

“Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente, en expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código.

Si alguno de los contrayentes estuvieren afectados por deficiencias y anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”.

Comentario

El primer inciso de este artículo resulta acorde con las disposiciones convencionales, si se entiende que deberán prestarse las medidas necesarias de apoyo para evitar restricciones al ejercicio de la capacidad. En todo caso, podría suprimirse la referencia a la capacidad. En cuanto al segundo inciso, es necesario modificar la redacción de la norma para adecuarla a los términos convencionales, toda vez que parte de un supuesto que resulta totalmente discriminatorio al presumir, como regla general, que una deficiencia psíquica conlleva ínsita la falta de capacidad para prestar consentimiento. Unido a lo anterior, la norma asume la discapacidad como un problema patológico que impide al sujeto el disfrute de sus libertades, apartándose entonces de las disposiciones de la Convención Internacional, que adopta el modelo social de la discapacidad.

Propuesta

Se propone la supresión del término capacidad dentro del primer párrafo.

Se propone la modificación del segundo párrafo.

Texto de la norma

“Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente, en expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de idoneidad establecidos en este Código.

Si alguno de los contrayentes, por cualquier motivo, se encontrase en una situación que le impidiese conformar y expresar su voluntad por cualquier medio, se exigirá dictamen pericial sobre su aptitud para prestar el consentimiento.

En todo caso, las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y a la prestación de las medidas de apoyo que resulten necesarias para ejercer su derecho a contraer matrimonio. El consentimiento emitido conforme a un plan personalizado de apoyo al ejercicio de la capacidad debe considerarse plenamente válido. El encargado del Registro Civil controlará el efectivo y adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo de acuerdo con lo establecido en este Código”.

.- NORMA. Código civil. Art. 121

Contenido

“El reconocimiento otorgado por los incapaces o por quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad necesitará para su validez aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal”.

Comentario

Mediante la figura del reconocimiento se establece un vínculo jurídico paterno-materno-filial, en virtud de una declaración de voluntad. En ese sentido, el artículo 121 del Código civil dispone que para que sea válido el reconocimiento otorgado por incapaces se requiere de aprobación judicial, con audiencia del Ministerio Fiscal. Ahora bien, en tanto se trata de un acto jurídico personalísimo, se supone que al momento de llevarse a cabo el mismo la persona deberá contar con aptitud suficiente para entender el alcance de su actuación y esto es comprensible, en la medida que mediante tal reconocimiento se contraen derechos y obligaciones.

En este sentido, de conformidad con la Convención, parece necesario, por un lado, suprimir la referencia a la incapacidad y, por otro, plantear los apoyos y la validez del reconocimiento otorgado en conformidad con un plan personalizado de medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad.

Propuesta

Modificación de la norma: se recomienda suprimir del articulado la expresión “incapaces”; introducir los apoyos y la referencia al plan personalizado de apoyo.

Texto de la norma

“El reconocimiento otorgado por personas que no puedan contraer matrimonio por razón de edad necesitará para su validez aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal”

Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y a la prestación de las medidas de apoyo que resulten necesarias para la realización del reconocimiento. El reconocimiento otorgado por aquellos que cuenten con un plan personalizado de medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad, de conformidad con dicho plan, será plenamente válido. La autoridad, notario, encargado del Registro civil

o el juez, que intervenga en el otorgamiento del reconocimiento deberá comprobar el adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 215 y ss. del Código civil. El notario y el encargado del Registro civil deberán comunicar el reconocimiento efectuado con apoyos al Ministerio Fiscal.

.- NORMA. Código Civil. Art. 123

Contenido

El reconocimiento de un hijo mayor de edad no producirá efectos sin su consentimiento expreso o tácito.

Comentario/Propuesta

Es necesario contemplar medidas de apoyo para poder otorgar el consentimiento al reconocimiento.

Texto de la norma

El reconocimiento de un hijo mayor de edad no producirá efectos sin su consentimiento expreso o tácito. Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y a la prestación de las medidas de apoyo para otorgar dicho consentimiento. El consentimiento emitido por aquellos que cuenten con un plan personalizado de medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad, de conformidad con dicho plan, será plenamente válido. La autoridad que intervenga en este reconocimiento deberá velar por el adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo de conformidad con los arts. 215 y ss. del Código civil.

.- NORMA. Código Civil. Art. 124

Contenido

“La eficacia del reconocimiento del menor o incapaz requerirá el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido.

No será necesario el consentimiento o la aprobación si el reconocimiento se hubiere efectuado en testamento o dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento. La inscripción de paternidad así practicada podrá suspenderse a simple petición de la madre durante el año siguiente al nacimiento. Si el padre solicitara la confirmación de la inscripción, será necesaria la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal”.

Comentario

En concordancia con las justificaciones anteriores, este artículo implica un supuesto de discriminación por motivo de discapacidad.

Propuesta

Modificación de la norma: se recomienda suprimir del articulado la expresión “incapaz”; introducir los apoyos y la referencia al plan personalizado de apoyo.

Texto de la norma

“La eficacia del reconocimiento del menor requerirá el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido.

La eficacia del reconocimiento de una persona mayor de edad que no puede conformar o expresar su voluntad por cualquier medio requerirá el consentimiento expreso de la persona que desempeñe apoyos obligatorios. El Ministerio Fiscal deberá intervenir en estos casos para controlar el efectivo y adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo de acuerdo con lo señalado en este Código,

No será necesario el consentimiento o la aprobación si el reconocimiento se hubiere efectuado en testamento o dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento. La inscripción de paternidad así practicada podrá suspenderse a simple petición de la madre durante el año siguiente al nacimiento. Si el padre solicitara la confirmación de la inscripción, será necesaria la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal”.

.- NORMA. Código civil. Art. 176

Contenido

“1. La adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad.

2. Para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha entidad pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad. La declaración de idoneidad podrá ser previa a la propuesta”.

Comentario

La adopción es una institución jurídica a partir de la cual se crea una relación civil de parentesco entre dos personas: el adoptante y el adoptado. En virtud del artículo 176 del Código civil, para llevar a cabo los trámites de adopción es necesaria la declaración de idoneidad, a través de la cual se efectúa un análisis psico-social acerca del perfil y hábitos de vida de los futuros adoptantes, a fin de proteger los derechos y el bienestar de los menores. De ese modo, el Código civil establece que la adopción se constituye por resolución judicial, que determina la filiación civil, teniendo en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad.

En ese sentido, dicho requisito resulta totalmente congruente con las normas nacionales e internacionales sobre esta materia, que han sido expedidas en interés y protección del menor. Por otra parte, no se advierte en la redacción de la norma diferenciaciones que puedan ser arbitrarias en lo que tiene que ver con las limitaciones para adoptar, con lo cual dicho precepto normativo resulta totalmente acorde con los postulados convencionales. Desafortunadamente, el precepto no establece cuáles son los requisitos mínimos para ser adoptante, siendo la expresión “idoneidad” un concepto jurídico indeterminado, por lo que faculta a las autoridades correspondientes la creación de normas que llenen dicho vacío. De hecho, esa indeterminación trae como consecuencia en la práctica la discriminación de las personas con discapacidad a las que se considera no idóneas por el mero hecho de tener una discapacidad. Por otro lado, la que la norma no prevé medidas de apoyo que promuevan la capacidad para adoptar y para ejercer los derechos y deberes que se derivan del parentesco.

Propuesta

Se recomienda la modificación de la norma introduciendo un párrafo que prohíba la discriminación por razón de la discapacidad para constituir el vínculo civil y la consecuente admisión de medidas de apoyo para realizar los actos correspondientes al proceso de adopción y el posterior ejercicio de la patria potestad.

Texto de la norma

“1. La adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad.

Ibis. Las personas con discapacidad que cumplan con el requisito de la idoneidad, tendrán los mismos derechos que los demás para acceder a la adopción. Si fuera necesario se proveerán los mecanismos de apoyo que se precisen para cumplir con el procedimiento exigido.

2. Para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha entidad pública haya declarado aptos para el ejercicio de la patria potestad. La declaración de idoneidad podrá ser previa a la propuesta y no podrá ser denegada por motivos discriminatorios”.

.- NORMA: Código Civil: Arts. 199, 200 y 201. “De la incapacitación”

Contenido

Art. 199. “Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley”.

Art. 200. “Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”.

Art. 201. “Los menores de edad podrán ser incapacitados cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad”.

Comentario

La incapacitación es la respuesta que el sistema español ofrece a las personas que tienen dificultades en la toma de sus decisiones que les impiden participar “válidamente” en el mundo jurídico. Para nuestro sistema estas personas son en lo esencial, como se señalará en el comentario al art. 200 del Código civil, personas con discapacidad. Estos sujetos tienen reconocida personalidad jurídica y lo que en nuestro sistema se conoce como capacidad jurídica, pero pueden ver restringida su capacidad de obrar.

La incapacitación se concibe y se regula como una institución restrictiva de la autonomía y de los derechos de la persona afectada. Precisamente por tal razón la normativa española predica de la incapacitación un carácter excepcional y la rodea de ciertas garantías. En efecto, el Código civil en los preceptos señalados parte de una presunción general de plena capacidad en relación con todas las personas adultas. Se trata, en todo caso, como se desprende del art. 199 de una presunción *iuris tantum* que puede rebatirse - únicamente - en un procedimiento judicial - sólo - cuando concurren ciertas causas legalmente previstas que consisten en el padecimiento de “enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”, tal y como se establece en el art. 200 del Código civil. La

doctrina y la jurisprudencia suelen insistir en la importancia que reviste y la garantía que supone la intervención judicial y la delimitación “tasada” de las causas de incapacidad.

Es común señalar que este precepto no considera la discapacidad, o las deficiencias, por sí mismas, como causa de incapacidad afirmándose que el presupuesto fundamental para que opere este “mecanismo de protección” lo constituye la imposibilidad de autogobierno, esto es, la consecuencia de la “enfermedad o deficiencia”. Sin embargo, conviene tener presente que este artículo parece tener la intención y desde luego despliega el efecto de incluir únicamente a las personas con discapacidad. De este modo, la legislación española permite la restricción de la capacidad jurídica por razón de discapacidad y se centra en los “rasgos” que identifican a la persona, en las “enfermedades o deficiencias” y no en la situación en la que la persona se encuentra.

La incapacidad, como se señaló en el estudio general sobre el significado del art. 12 incluido en la primera parte del presente informe, se basa, por tanto, en el modelo médico o rehabilitador de tratamiento de la discapacidad, está presidida por el principio de protección (de la propia persona, pero también del tráfico jurídico) y requiere como complemento un sistema de sustitución en la toma de decisiones.

De esta forma, la perspectiva desde la que la incapacidad contempla a las personas adultas que tienen dificultades en la toma de sus decisiones les equipara a los menores, y por ello el actual Título X del Código civil se refiere de manera conjunta a la Tutela, guarda y curatela de los menores e incapaces.

Pues bien, según también se señaló, la incapacidad se enfrenta radicalmente con los principios contenidos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y, en especial, con el contenido de su artículo 12. En efecto, a tenor a la Convención se debe promover la autonomía de las personas con discapacidad desde la filosofía propia del modelo social, esto es, tomando en consideración tanto los factores individuales como los factores sociales que dificultan la adopción de las propias decisiones. Por ello el art. 12 reconoce la personalidad jurídica (inciso 1) y la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida (inciso 2) y obliga a los Estados a establecer un modelo de apoyo en el ejercicio de dicha capacidad (inciso 3) que debe reemplazar a los actuales sistemas de sustitución, rodearse de ciertas salvaguardas (inciso 4) y proyectarse incluso en ámbitos patrimoniales de los que tradicionalmente las personas con discapacidad han sido excluidas (inciso 5).

Como ya se dijo, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en las Observaciones finales sobre el Informe inicial presentado por España en cumplimiento del art. 35 de la Convención ha insistido en la necesidad reformar la legislación española en materia de capacidad jurídica.

Desde los parámetros de la Convención la declaración de incapacidad, incluso cuando es establecida en una sentencia judicial, no tiene sentido. De lo que se trata no es de restringir, limitar o anular la capacidad sino de promover la igual capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Por tal motivo el art. 199 del Código civil debe ser sustituido por una declaración general del reconocimiento de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones que incluya expresamente a las personas con cualquier tipo de discapacidad. Esta declaración, asumiendo la perspectiva propia del modelo social, debe ir acompañada de la garantía específica de la accesibilidad universal y los ajustes razonables en los ámbitos en los que deba ejercerse la capacidad jurídica que resultan esenciales, desde la visión propia del modelo social, para lograr la igualdad de las personas con discapacidad en este terreno.

El reconocimiento de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones (art. 12 de la Convención) y la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad (art. 5) impide que la discapacidad pueda justificar, ni directa ni indirectamente, una limitación o restricción de la capacidad jurídica, lo que obliga a modificar el art. 200 del Código civil. Desde la Convención, la discapacidad no puede ser considerada como un rasgo personal que puede dar lugar a la incapacitación y a la entrada en juego de los mecanismos de sustitución, sino una situación en la cual las personas pueden necesitar asistencia en el ejercicio de su (igual) capacidad jurídica. Una situación en la que también pueden encontrarse personas sin discapacidad. Estas personas deben contar con medidas de apoyo individualizadas y adaptadas a su situación que les permitan ejercer su capacidad jurídica y maximizar su autonomía. De este modo, la regulación de la capacidad debe partir de capacidad jurídica universal de todas las personas y reconocer la existencia de diferentes modalidades de ejercicio, que pueden consistir en la asistencia de apoyos más o menos intensos.

La importancia de la materia exige que estas medidas puedan ser establecidas por la autoridad judicial a través del diseño de un plan personalizado. La intervención judicial se considera una garantía necesaria para evitar abusos en el funcionamiento del sistema de apoyos. En todo caso, también debe reconocerse el derecho de las personas que no cuentan con este plan a usar sus apoyos informales, a que estos apoyos les sean reconocidos y, en su caso, a que les sean prestadas medidas de apoyo por las autoridades intervinientes en los actos que pretendan llevar a cabo, con independencia de que cuenten, o no, con un plan personalizado establecido en sede judicial.

Para el buen funcionamiento del sistema resulta imprescindible que las autoridades intervinientes en los diferentes actos en los que están implicadas personas que precisan apoyos se conviertan en garantes del buen y efectivo funcionamiento de estas medidas que, en todo caso, deben quedar siempre bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal y bajo la salvaguarda última del poder judicial. En este punto, además, la Convención obliga también a establecer una serie de salvaguardas que es necesario implementar en la legislación española.

Según también se dijo en el estudio general, las medidas de apoyo no se orientan a sustituir a la persona sino que pretenden asistirle y acompañarle en la toma de sus propias decisiones y todo el modelo gira en torno al respeto de la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad, que deben ser tenidas en cuenta en el diseño de las medidas y en la designación de las personas o instituciones de apoyo. Si bien el modelo de apoyo puede aceptar en situaciones excepcionales decisiones sustitutivas, que podrían ser consideradas en nuestra propuesta apoyos obligatorios, los principios desde los que éstas deben adoptarse han de respetar la identidad de la persona, su historia de vida y sus circunstancias personales y sociales. Igualmente, conviene señalar que la importancia que se concede a la voluntad y preferencias de la persona dota de especial importancia a los instrumentos de autoprotección que deben también adaptarse a la nueva filosofía presente en la Convención.

Propuesta

Se propone derogar el Título del Código civil que se refiere a la incapacitación y sustituirlo por un nuevo Título “De las medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica” basado en la filosofía de la Convención. Este Título, compuesto por 16 nuevos artículos, tendría, como se ha señalado, que reconocer la igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, la importancia de la accesibilidad y los

ajustes razonables en este ámbito, el derecho general de todas las personas que puedan tener dificultades en el ejercicio de su capacidad jurídica a usar sus apoyos informales y a que se les presten las medidas de apoyo que puedan necesitar y de solicitar el establecimiento de un plan personalizado de medidas de apoyo a la autoridad judicial, establecer salvaguardas efectivas en el funcionamiento de los apoyos, regular las figuras de apoyo (quién puede desempeñar funciones apoyo, cómo se designan las figuras de apoyo en qué consiste esta función, cuando se extingue), regular los apoyos obligatorios limitados a situaciones puntuales, estableciendo los criterios desde los que decidir, regular regímenes de autoprotección etc.

Texto de las normas

Art. 199. 1. “Todas las personas podrán ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, incluidas las personas con discapacidades físicas, intelectuales y sensoriales.

2. Los poderes públicos garantizarán la accesibilidad universal en todos los ámbitos en los que las personas deban ejercer su capacidad jurídica y realizarán los ajustes razonables que sean necesarios”.

Art. 200. 1. “Toda persona que así lo requiera contará con las medidas de apoyo necesarias para el pleno ejercicio de su capacidad jurídica. Estas medidas podrán establecerse a través de la creación de un plan personalizado de medidas de apoyo establecido por la autoridad judicial, que deberá estar sujeto a controles periódicos.

2. Las medidas de apoyo serán individualizadas, adecuadas y efectivas, en su establecimiento y funcionamiento se respetarán siempre los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas y se velará por evitar los posibles abusos, la influencia indebida y los conflictos de intereses”.

Art. 201. 1. “Toda persona que tenga dificultades en el ejercicio de su capacidad jurídica podrá solicitar el establecimiento de un plan personalizado de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, a través del procedimiento judicial establecido en los arts. X y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También están legitimadas para iniciar este procedimiento las personas y entidades señaladas en el art. X de la Ley de Enjuiciamiento civil.

2. En todo caso, están obligados a promover el establecimiento judicial de un plan personalizado de medidas de apoyo cuando su inexistencia pueda impedir el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona o causarle un perjuicio grave los parientes en línea recta o colaterales hasta el cuarto grado, el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad de acuerdo con la ley, y la persona, física o jurídica, que desempeñe su atención inmediata. Podrán también promoverla las personas jurídicas legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses de las personas con discapacidad”.

3. Con independencia del establecimiento de este plan, toda persona que tenga dificultades para el ejercicio de su capacidad jurídica tendrá derecho a que se le presten las medidas de apoyo necesarias en las actuaciones que realice ante las Administraciones y funcionarios públicos y al uso y reconocimiento de los apoyos que requiera para la adopción de sus decisiones.

Art. 202. 1. “El plan personalizado de medidas de apoyo se ejercerá siempre bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal y de la autoridad judicial.

2. En cualquier momento el Ministerio Fiscal podrá exigir que se le informe sobre la situación de la persona y el efectivo funcionamiento del plan personalizado de apoyo.

3. El Juez deberá establecer, en la resolución por la que se establezca el plan personalizado de apoyo las medidas de vigilancia y control periódico que estime oportunas. Asimismo podrá pedir en cualquier momento que se le informe sobre la situación de la persona y el efectivo funcionamiento del plan personalizado de apoyo.

4. Tanto el Ministerio Fiscal como la autoridad judicial podrán actuar de oficio, a instancia del propio interesado, o de cualquier persona que ponga en su conocimiento la existencia de abusos, influencia indebida, conflictos de intereses o desviación de la voluntad o las preferencias de la persona beneficiaria de las medidas de apoyo.

Los funcionarios públicos y autoridades intervinientes en los diferentes actos deberán controlar el efectivo y adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo.

Art. 203. 1. “Las funciones de apoyo constituyen un deber y consistirán en asistir a la persona en la toma de sus propias decisiones en los ámbitos señalados en la resolución judicial respetando siempre su voluntad y sus preferencias. La misma función desempeñarán los apoyos informales con los que cuente la persona y los que le puedan prestar las Administraciones y funcionarios públicos.

2. Quienes desempeñen funciones de apoyo estarán obligados a cumplir con las obligaciones establecidas por la autoridad judicial en relación con la vigilancia y control del buen funcionamiento del plan personalizado de apoyo”.

Art. 204. 1. “Podrán ejercer las funciones de apoyo: a) Personas físicas que tengan una relación de confianza con la persona apoyada; b) Instituciones públicas o privadas creadas para este fin.

2. Las funciones de apoyo podrán ser realizadas por varias personas o instituciones atendiendo a la voluntad y preferencias, situación y necesidades de la persona a la que se refieren.

3. Para el nombramiento de las personas o instituciones de apoyo se tendrán siempre en cuenta la voluntad y las preferencias de la persona cuyo apoyo se solicita. En el caso de que la persona no pueda conformar o expresar su voluntad por ningún medio y no exista un régimen de autoprotección que se pronuncie sobre esta cuestión el juez elegirá a quienes mantengan con ella una relación significativa que les haga idóneos para decidir de acuerdo con su identidad, historia de vida y sus circunstancias personales y sociales”.

Art. 205. “No podrán desempeñar funciones de apoyo:

1.- Las personas físicas o jurídicas a las que ya se hubiese cesado o apartado en una actuación similar anterior, por culpa o negligencia.

2.- Los padres respecto de sus hijos a los que no prestaren la protección y el apoyo moral, afectivo o material necesario.

3.- Los condenados a cumplir penas privativas de libertad mientras cumplen estas.

4.- Aquellos en los que concurran circunstancias que haga suponer fundadamente que no desempeñarán bien las funciones de provisión de apoyos que les corresponden”.

Art. 206. “Si las personas o instituciones apoyo, tiene conocimiento de circunstancias que permiten la extinción de la asistencia, la modificación de su ámbito de funciones, o que les impiden cumplir con las obligaciones establecidas en el plan personalizado de apoyo deben comunicarlo a la autoridad judicial para que adopte las medidas oportunas. El incumplimiento de esta obligación generará la obligación de reparar los daños o perjuicios que ello pueda generar”

Art. 207. 1. “Únicamente cuando la persona se encuentre en una situación en la que no pueda conformar o expresar su voluntad por ningún medio podrá adoptarse una decisión en sustitución de la persona mediante el establecimiento de apoyos obligatorios. La discapacidad nunca podrá ser considerada, por sí misma, una razón para adoptar una decisión en sustitución de la persona.

2. Tales actuaciones deberán tener lugar exclusivamente en relación con decisiones que, en caso de no adoptarse, puedan ocasionar un daño grave e irreversible a la persona afectada y deberán respetar siempre su identidad. Para ello a la hora de decidir deberán tenerse presentes, entre otras cuestiones su historia de vida y sus circunstancias personales y sociales.

3. Si la persona cuenta con un régimen de autoprotección establecido de acuerdo con lo señalado en el art. XXX deberá respetarse su contenido. Para determinar la existencia y vigencia de este régimen la autoridad judicial deberá recabar de oficio certificación al Registro Civil, Registro Central, en su caso, al de Últimas Voluntades, y cualquier Registro especializado en la materia que pueda crearse en el futuro.

4. Las acciones de sustitución requerirán la autorización del Ministerio Fiscal y, cuando así se señale explícitamente, la autorización judicial que deberán velar por el respeto de los principios antes señalados. Esta autorización podrá realizarse a posteriori cuando la urgencia lo aconseje, salvo que haya habido un cambio en las circunstancias que imposibilitan la adopción por la decisión y la persona afectada haya ratificado la medida”.

Art. 208. “A solicitud de la autoridad judicial las personas a las que se haya encomendado el desempeño de un plan de apoyos obligatorios estarán obligadas a informar al Juzgado exhaustivamente de la situación previa de los bienes o intereses personales y/o patrimoniales de la persona con discapacidad a la que haya de prestar aquellos, en función del tipo de apoyos que le haya sido encomendado, en el plazo de treinta días desde su aceptación.

La autoridad judicial podrá prorrogar este plazo, en resolución motivada, sin concurriese causa para ello”.

Art. 209. “El juez podrá exigir la prestación de fianzas o garantías cuando lo considere preciso, para el desempeño de los apoyos a que se refiere el artículo anterior, cuando las circunstancias personales o patrimoniales lo hagan conveniente. Podrá asimismo establecerlas, modificarlas o suprimirlas a lo largo del desempeño, cuando lo considere oportuno, en resolución motivada.

No precisará prestar tales garantías la entidad pública que desempeñe esta misión por ministerio de la ley o por resolución judicial”.

Art. 210. “Salvo que en la determinación de los apoyos se hubiese establecido lo contrario, la persona o personas que desempeñan funciones de apoyo no podrán recibir liberalidades del beneficiario de los mismos, ni concurrir con este en actos o contratos cuando existan disparidad o conflicto de intereses”.

Art. 211. “La persona que en el desempeño de su función de apoyo sufra daños y perjuicios, sin culpa por su parte, tendrá derecho a la reparación de estos con cargo a los bienes de la persona beneficiaria de tales apoyos, de no poder obtener por otro medio su reconocimiento y reparación”.

Art. 212. 1. El desempeño de la función de apoyos se extingue por las siguientes causas:

- e) Por el fallecimiento, declaración de fallecimiento o de ausencia de la persona asistida o de la persona que realizaba la función.
- f) Por revocación expresa realizada por la propia persona que recibe los apoyos si esta los hubiese designado.
- g) Por la desaparición de las circunstancias que la determinaron o por el mal ejercicio de las funciones de apoyo.
- h) Por resolución judicial.

2. La autoridad judicial establecerá, en resolución judicial motivada, el inmediato cese en la prestación de apoyos cuando, durante su desempeño, sobreviniesen algunas de las causas establecidas en las disposiciones precedentes.

3. En ningún caso la renuncia, la decisión de suspensión o cualquier otra relacionado con las funciones de apoyo podrá generar desprotección o indefensión de la persona beneficiaria.

Art. 213. 1. La existencia de un plan personalizado de medidas de apoyo deberá gozar de publicidad registral para ser oponible a los terceros de buena fe

2. El juez deberá comunicar de oficio los apoyos designados al Registro civil del lugar de residencia de la persona y a los demás Registros que considere pertinentes. Cuando este plan haya quedado sin efecto o haya sido sustituido en su caso por otro se deberá comunicar en la misma forma a los Registros donde se hubiese inscrito el primer plan.

Art. 214. 1. “Cualquier persona que considere que puede tener dificultades en el futuro en la toma de sus decisiones o que las que ya tiene pueden agravarse, podrá organizar para sí un régimen de convivencia con terceros así como establecer un régimen voluntario de autoprotección jurídica, incluyendo medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, con las previsiones y requisitos que considere adecuados a cada caso y circunstancia.

2. La persona que tenga dificultades para el ejercicio de su capacidad jurídica tiene derecho a recibir los apoyos necesarios para el establecimiento de un régimen de convivencia o de un régimen de autoprotección jurídica. Cuando estos regímenes se hayan establecido de conformidad con un plan personalizado de medidas de apoyo a la capacidad serán considerados válidos

3. El régimen de autoprotección jurídica podrá referirse, incluso con reglas diferentes, a todos los bienes e intereses de la persona con discapacidad, presentes y futuros, a un grupo de ellos o a bienes e intereses concretos y determinados. Del mismo modo, podrá hacer distinciones por razón del tipo de acto o negocio jurídico a realizar. En su caso, podrá designar a la persona o personas que deban prestarle dichos apoyos, voluntarios u obligatorios. También podrá dar indicaciones o establecer procedimientos y requisitos que crea oportunos respecto de los actos que otras personas puedan realizar en su interés o beneficio.

4. El Ministerio Fiscal podrá solicitar de la autoridad judicial la modificación, la revisión y el complemento de las normas de autoprotección, así como la introducción, en su caso, de un régimen judicial de apoyos obligatorios, en la medida en que considere que dichas normas pueden ocasionar un daño grave e irreversible para la persona. No obstante, el juez deberá respetar en lo posible las previsiones económicas establecidas por el constituyente de la autoprotección”.

.- NORMAS: Código Civil: Art. 215, 216, 222 a 230, 232, 233, 234, 267, 287, 289.

Contenido

Art. 215. “La guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados, se realizará, en los casos que proceda, mediante:

4. La tutela.
5. La curatela.
6. El defensor judicial”.

Art. 216. “Las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial.

Las medidas y disposiciones previstas en el [artículo 158](#) de este Código podrán ser acordadas también por el Juez, de oficio o a instancia de cualquier interesado, en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores e incapaces, en cuanto lo requiera el interés de éstos”.

.- Art. 222.

“Estarán sujetos a tutela:

5. Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad.
6. Los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido.
7. Los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela.
8. Los menores que se hallen en situación de desamparo”. (Subrayado fuera de texto)

.- Art. 223.

“Los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados.

Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.

Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado.

En los procedimientos de incapacitación, el juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del registro de actos de última voluntad, a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo”. (Subrayado fuera de texto)

.- Art. 224.

“Las disposiciones aludidas en el [artículo anterior](#) vincularán al Juez, al constituir la tutela, salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa, en cuyo caso lo hará mediante decisión motivada”.

.- Art. 225.

“Cuando existieren disposiciones en testamento o documento público notarial del padre y de la madre, se aplicarán unas y otras conjuntamente en cuanto fueran compatibles. De no serlo, se adoptarán por el Juez, en decisión motivada, las que considere más convenientes para el tutelado”.

.- Art. 226.

“Serán ineficaces las disposiciones hechas en testamento o documento público notarial sobre la tutela si, en el momento de adoptarlas, el disponente hubiese sido privado de la patria potestad”.

.- Art. 227.

“El que disponga de bienes a título gratuito en favor de un menor o incapacitado, podrá establecer las reglas de administración de los mismos y designar la persona o personas que hayan de ejercitarla. Las funciones no conferidas al administrador corresponden al tutor”.

.- Art. 228.

“Si el Ministerio Fiscal o el Juez competente tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela, pedirá el primero y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la constitución de la tutela”.

.- Art. 229.

“Estarán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare, los parientes llamados a ella y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado, y si no lo hicieren, serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados”.

.- Art. 230.

“Cualquier persona podrá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la autoridad Judicial el hecho determinante de la tutela”.

.- Art. 232.

“La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado.

En cualquier momento podrá exigir del tutor que le informe sobre la situación del menor o del incapacitado y del estado de la administración de la tutela”.

.- Art. 233.

“El Juez podrá establecer, en la resolución por la que se constituya la tutela o en otra posterior, las medidas de vigilancia y control que estime oportunas en beneficio del tutelado. Asimismo podrá en cualquier momento exigir del tutor que informe sobre la situación del menor o del incapacitado y del estado de la administración”.

.- Art. 234.

“Para el nombramiento de tutor se preferirá:

- 6. Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del [artículo 223](#).*
- 7. Al cónyuge que conviva con el tutelado.*
- 8. A los padres.*
- 9. A la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad.*
- 10. Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez.*

Excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exige.

Se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida familiar del tutor”.

.- Art. 267.

“El tutor es el representante del menor o incapacitado salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la Sentencia de incapacitación”.

.- Art. 287.

“Igualmente procede la curatela para las personas a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento”.

.- Art. 289.

“La curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido”.

Comentario

Una vez regulado el apoyo al ejercicio de la capacidad en un nuevo Título, se considera necesario suprimir toda referencia a la incapacitación en estos artículos que quedarán referidos únicamente a los menores. Aquéllos que aludan exclusivamente a la incapacitación deberán ser derogados.

Propuesta

Nueva redacción o derogación de las normas.

Texto de las normas

Art. 215. La guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores se realizará, en los casos que proceda, mediante:

4. La tutela.
5. La curatela.
6. El defensor judicial”.

Art. 216. “Las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del menor y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial.

Las medidas y disposiciones previstas en el [artículo 158](#) de este Código podrán ser acordadas también por el Juez, de oficio o a instancia de cualquier interesado, en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho del menor en cuanto lo requiera el interés de éste.

Art. 222. “Estarán sujetos a tutela:

4. Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad.
5. Los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela.
6. Los menores que se hallen en situación de desamparo”.

Art. 223. “Los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores.

Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado.

Art. 224. “Las disposiciones aludidas en el [artículo anterior](#) vincularán al Juez, al constituir la tutela, salvo que el beneficio del menor exija otra cosa, en cuyo caso lo hará mediante decisión motivada”.

Art. 225. “Cuando existieren disposiciones en testamento o documento público notarial del padre y de la madre, se aplicarán unas y otras conjuntamente en cuanto fueran compatibles. De no serlo, se adoptarán por el Juez, en decisión motivada, las que considere más convenientes para el tutelado”.

Art. 226. “Serán ineficaces las disposiciones hechas en testamento o documento público notarial sobre la tutela si, en el momento de adoptarlas, el disponente hubiese sido privado de la patria potestad”.

Art. 227. “El que disponga de bienes a título gratuito en favor de un menor, podrá establecer las reglas de administración de los mismos y designar la persona o personas que hayan de ejercerla. Las funciones no conferidas al administrador corresponden al tutor”.

Art. 228. “Si el Ministerio Fiscal o el Juez competente tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela, pedirá el primero y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la constitución de la tutela”.

Art. 229. “Estarán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare, los parientes llamados a ella y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor, y si no lo hicieren, serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados”.

Art. 230. “Cualquier persona podrá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la autoridad Judicial el hecho determinante de la tutela”.

Art. 232. “La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado.

En cualquier momento podrá exigir del tutor que le informe sobre la situación del menor y del estado de la administración de la tutela”.

Art. 233. “El Juez podrá establecer, en la resolución por la que se constituya la tutela o en otra posterior, las medidas de vigilancia y control que estime oportunas en beneficio del tutelado. Asimismo podrá en cualquier momento exigir del tutor que informe sobre la situación del menor y del estado de la administración”.

Art. 234. “Para el nombramiento de tutor se preferirá:

3. Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del [artículo 223](#).

4. Al cónyuge que conviva con el tutelado.

5. A los padres.

6. A la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad.

7. Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez.

Excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor así lo exige.

Se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida familiar del tutor”.

Art. 267. “El tutor es el representante del menor salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo por disposición expresa de la ley”.

Art. 287. DEROGAR

Art. 289. DEROGAR

.- NORMA. Código Civil. Art. 322

Contenido

“El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este código”.

Comentario

En tanto las excepciones previstas en el código incluyen a las personas “incapaces” el artículo incurre en el supuesto de discriminación por discapacidad previsto en el art 2 de la Convención y se enfrenta con el art. 12. En todo caso, si varían las excepciones esto ya no ocurre, aunque conviene hacer referencia expresa a las medidas de apoyo.

Propuesta

Modificar la normativa.

Texto de la norma

“El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en este Código. La necesidad de contar con medidas de apoyo no supondrá, en ningún caso, una limitación de la capacidad jurídica de la persona”.

.- NORMA: Código Civil: Art. 443.

Contenido

“Los menores y los incapacitados pueden adquirir la posesión de las cosas; pero necesitan de la asistencia de sus representantes legítimos para usar de los derechos que de la posesión nazcan a su favor”.

Comentario

El artículo 12 de la CDPD, reconoce la personalidad jurídica de las personas con discapacidad e insta al reconocimiento de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones. En ese sentido, prevé que se otorguen a las personas con discapacidad los apoyos necesarios para acceder a este ejercicio, al tiempo que busca el establecimiento de salvaguardias adecuadas.

El artículo objeto de análisis asume el modelo de sustitución, por lo que resulta contrario a la Convención.

Propuesta

Nueva redacción incluyendo la referencia a los apoyos.

Texto de la norma

Art. 443:

“Los menores pueden adquirir la posesión de las cosas, pero necesitan de la asistencia de sus representantes legítimos para usar de los derechos que de la posesión nazcan a su favor. Las personas que lo precisen tendrán derecho al establecimiento de las medidas de apoyo que resulten necesarias para el uso de los derechos que de la posesión nazcan a su favor”.

.- NORMA: Código civil. Art. 624.

Contenido

“Podrán hacer donación todos los que puedan contratar y disponer de sus bienes”.

Comentario/ Propuesta

Este precepto no se enfrenta a la Convención siempre y cuando se modifique el modelo de sustitución por el de apoyo en relación con la capacidad para contratar y disponer de los propios bienes a la que se remite la capacidad para realizar donaciones. Por tanto, si se realizan estas modificaciones, no sería necesario reformar el art. 624.

.- NORMA: Código civil. Art. 625:

Contenido

“Podrán aceptar donaciones todos los que no estén especialmente incapacitados por la ley para ello”.

Comentario

Existe un posible enfrentamiento con la Convención siempre y cuando la referencia a la incapacidad tenga que ver con la discapacidad. Por eso, es necesario aclarar el precepto.

Propuesta

Modificación del precepto.

Texto de la norma

“Toda persona, por sí sola, podrá aceptar donaciones siempre y cuando la ley no lo prohíba”.

.- NORMA: Código Civil. Art. 626

Contenido

“Las personas que no pueden contratar no podrán aceptar donaciones condicionales u onerosas sin la intervención de sus legítimos representantes”.

Comentario

La Convención enfatiza la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso y la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones. Esto implica la posibilidad de realizar actos personales y patrimoniales a través, cuando sea preciso, de un sistema de apoyos.

Propuesta

No es necesario reformar o derogar la norma siempre y cuando queden modificadas las normas relativas a la capacidad y se establezca un sistema de apoyos.

.- NORMA. Código civil. Arts. 662, 663 y 664

Contenido

.- Art. 662:

“Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente”.

.- Art. 663:

“Están incapacitados para testar:

5. Los menores de catorce años de uno y otro sexo.

6. El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio”.

.- Art. 664:

“El testamento hecho antes de la enajenación mental es válido”.

Comentario

Aunque la referencia a la persona que “habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio” puede abarcar otras situaciones, como por ejemplo aquella en la que la persona se encuentra bajo los efectos del alcohol, de hecho se aplica de manera desproporcionada a las personas con discapacidad por lo que resulta discriminatoria. Además, un análisis de este precepto constata : (i) que no se cuenta con parámetros mínimos que indiquen cuál es el procedimiento pertinente para evaluar esa capacidad natural; (ii) que se basa en el paradigma médico-rehabilitador al formular los supuestos en los que no se tiene capacidad para testar sin tener en cuenta la directa relación entre el acto jurídico y las posibles circunstancias que impidan que el titular ejerza su derecho con autonomía libre, consciente y voluntaria; (iii) que no se establecen medidas de apoyo para promover el ejercicio de la autonomía.

Respecto al artículo 664 del Código civil, el legislador debe regular las causales que generarían la invalidez del testamento de manera que no comporten una posible discriminación por razón de la discapacidad.

Propuesta

Se propone modificar los artículos 662, 663 y 664 del Código civil, en el marco de un nuevo procedimiento de apoyo a la toma de decisiones, y de acuerdo con los siguientes lineamientos:

-Las causales que impiden el otorgamiento de testamento deberían describirse de un modo lo más neutral posible e inclusivo para las personas con discapacidad (la terminología que actualmente se utiliza necesariamente reconduce a restricciones y limitaciones por motivo de discapacidad). La redacción de las mismas deberá hacerse conforme a necesidades específicas o a situaciones objetivas de carencia que impidan que la persona pueda conformar o expresar su voluntad.

- Debería establecerse un protocolo para la evaluación objetiva y razonable de las situaciones en las que la persona no puede conformar o expresar su voluntad ni siquiera con el establecimiento de los apoyos necesarios. Igualmente debería reconocerse al notario la facultad de remitir la evaluación de esa falta de capacidad para otorgar el testamento (y de las medidas de apoyo que se pusieron a disposición para poder llevar a cabo la actuación), cuando lo considere necesario, a las autoridades competentes a fin de que expidan un peritaje médico y psicosocial, susceptible de impugnación. La evaluación de esa falta de capacidad para testar o de la reconstrucción de la misma, deberá tener una directa relación, entre la circunstancia y el acto realizable o consumado.

-Por último, deberán disponerse las medidas de apoyo que sean necesarias para facilitar a las personas con discapacidad sus actuaciones y diligencias ante la administración pública y ante los órganos judiciales, con el objeto de contrarrestar las posibles circunstancias o barreras que, dependiendo del caso en concreto, impiden el ejercicio de los derechos de las personas con diversidad funcional, en igualdad de condiciones.

Texto de la norma

.- Art. 662. Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente.

.- Art. 663

“No podrán testar:

5. Los menores de catorce años de uno y otro sexo.

6. Las personas que se encuentran en una situación que les impide conformar o expresar su voluntad por cualquier medio.

.- Art. 663 bis: Cuando las personas cuenten con un plan personalizado de apoyo a la capacidad, el testamento se otorgará ante Notario, que velará porque las garantías previstas en el mencionado plan se cumplan.

.- Art. 664: Derogación del precepto

.- NORMA. Código civil. Art. 665.

Contenido

“Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad”.

Comentario

En virtud de este artículo, la persona cuya capacidad de ejercicio está restringida podrá llevar a cabo el acto testamentario siempre y cuando no exista expreso pronunciamiento judicial sobre esta cuestión en la sentencia de incapacitación. Este artículo presupone, por ende, que la incapacitación puede afectar a la capacidad para testar impidiendo a las personas con discapacidad la realización de este acto sin tener en cuenta la situación en la que se encuentran en el momento en el que pretenden otorgar testamento y sin que se establezcan los apoyos necesarios para promover que pueda expresar y conformar su voluntad en esta materia, lo que contrasta frontalmente con el artículo 12 de la Convención.

Propuesta

Se propone la modificación de la norma para introducir la referencia a los apoyos y la obligación del notario de comprobar que la persona al momento de la realización el acto jurídico cuenta con los mecanismos de apoyo necesarios para llevar a cabo el mismo y garantizar su adecuado funcionamiento.

Texto de la norma

“Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de las medidas de apoyo que resulten necesarias para otorgar testamento. El testamento otorgado por una persona que cuenta con un plan personalizado de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica de conformidad con las previsiones contenidas en dicho plan deberá considerarse plenamente válido. En todo caso, el Notario deberá controlar el efectivo y adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo de acuerdo con lo señalado en los arts. XXX y ss. de este Código”.

.- NORMA. Código civil. Art. 694, 696 y 697.

Contenido

.- Art. 694:

“El testamento abierto deberá ser otorgado ante Notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento.

Sólo se exceptuarán de esta regla los casos expresamente determinados en esta misma Sección”.

.- Art. 696:

“El Notario dará fe de conocer al testador o de haberlo identificado debidamente y, en su defecto, efectuará la declaración prevista en el artículo 686. También hará constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento”.

.- Art. 697:

“Al acto de otorgamiento deberán concurrir dos testigos idóneos:

7. Cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento.

8. Cuando el testador, aunque pueda firmarlo, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento.

Si el testador que no supiese o no pudiese leer fuera enteramente sordo, los testigos leerán el testamento en presencia del Notario y deberán declarar que coincide con la voluntad manifestada.

9. Cuando el testador o el Notario lo soliciten”.

Comentario

Los artículos antes reseñados regulan el tema relativo al acto testamentario abierto. Mediante el artículo 696 del Código civil, se faculta al Notario para evaluar la capacidad legal del testador. En el sentido antes señalado, deberían establecerse protocolos para que el notario pueda recibir asistencia en la evaluación de dicha capacidad.

Por su parte, el numeral 2° del artículo 697 señala las situaciones en las cuales deberán concurrir dos testigos “idóneos” al otorgamiento del testamento, en atención a las deficiencias en las funciones sensoriales del testador (visual y auditiva). Al margen de la cuestión del lenguaje, dicho enunciado, a la luz de los postulados convencionales resulta totalmente discriminatorio toda vez que presume la falta de capacidad de este específico colectivo de personas para llevar a cabo el acto testamentario, en igualdad de condiciones.

Propuesta

Dentro del establecimiento de un procedimiento de apoyo a la toma de decisiones, se recomienda:

-Respecto al artículo 696 del CCE establecer un mecanismo de apoyo al Notario para la evaluación de la capacidad del testador. De esta manera, lo que el Notario deberá determinar de manera principal es que la persona cuenta con los medios de apoyo suficientes para conformar y para expresar su voluntad.

-Respecto al artículo 697 del CCE se recomienda su reformulación.

Texto de la norma

Art. 696

“El Notario dará fe de conocer al testador o de haberlo identificado debidamente y, en su defecto, efectuará la declaración prevista en el artículo 686. También hará constar que, a su juicio, el testador se halla en situación de otorgar testamento, y, en su caso, que los apoyos utilizados para la realización de este acto han sido los adecuados”.

Art. 697.

Durante el acto testamentario, y cuando la situación lo requiera, el Notario o quien haga sus veces pondrá a disposición de los intervinientes los apoyos técnicos, físicos y humanos necesarios para hacer totalmente comprensible el acto que se está realizando. Cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento se establecerán mecanismos comprensibles, archivables y documentables para autenticar su identidad. Al acto de otorgamiento deberán concurrir dos testigos idóneos cuando el testador o el Notario lo soliciten”.

.- NORMA: Código Civil. Art. 996

Contenido

“Si la sentencia de incapacitación por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas no dispusiere otra cosa, el sometido a curatela podrá, asistido del curador, aceptar la herencia pura y simplemente o a beneficio de inventario”

Comentario/Propuesta

La regulación contenida hace referencia a la incapacitación por lo que debe ser modificada. Además, se su contenido se desprende que si el incapaz está sometido a tutela será el tutor quien pueda aceptar la herencia que, en el caso de que la acepte sin beneficio de inventario, necesitará como señala el art. 271 del Código civil autorización judicial. Pues bien, de acuerdo con regulación general de la capacidad jurídica propuesta, para la aceptación de la herencia las personas que lo precisen contarán con medidas de apoyo.

Texto

Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de las medidas de apoyo que resulten necesarias para aceptar la herencia, con o sin beneficio de inventario. El consentimiento otorgado por una persona que cuenta con un plan personalizado de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica de conformidad con las previsiones contenidas en dicho plan deberá considerarse plenamente válido. En todo caso, las autoridades o funcionarios públicos que puedan intervenir en el acto de aceptación deberán controlar el efectivo y adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo de acuerdo con lo señalado en los arts. 215 y ss. de este Código”.

.- NORMA: Código Civil: Art. 1160.

Contenido

“En las obligaciones de dar no será válido el pago hecho por quien no tenga la libre disposición de la cosa debida y capacidad para enajenarla. Sin embargo, si el pago hubiere consistido en una cantidad de dinero o cosa fungible, no habrá repetición contra el acreedor que la hubiese gastado o consumido de buena fe”.

Comentario

El artículo habla de la capacidad para enajenar como requisito de validez para el pago. Si se establecen y reconocen mecanismos de apoyos para enajenar bienes, este artículo no precisa ser modificado.

Propuesta

Entendemos que el artículo se refiere al marco de las obligaciones y que en este marco las personas con discapacidad deben contar con mecanismos de apoyos la redacción del artículo no necesitaría ser modificada.

.- NORMA: Código Civil: Art. 1263.

Contenido

“No pueden prestar consentimiento:

- 8. Los menores no emancipados.*
- 2. Los incapacitados”*

Comentario

Este precepto ostenta una importancia esencial en tanto se refiere a la prestación general del consentimiento, incidiendo en otros muchos ámbitos. Señala este artículo que no pueden prestar consentimiento para la celebración de los contratos los incapacitados. En virtud de lo dispuesto en la Convención no cabe admitir la referencia a la incapacitación.

Propuesta

Es necesario suprimir el segundo supuesto de este artículo y en concordancia con ello, mencionar (en el apartado que resulte pertinente) que las personas que lo precisen contarán con el apoyo necesario para expresar su consentimiento en igualdad de condiciones con las demás.

Texto de la norma

“No pueden prestar consentimiento:

7. Los menores no emancipados.

8. Las personas que se encuentran en una situación que les impide conformar o expresar su voluntad por cualquier medio.

Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de las medidas de apoyo que resulten necesarias para expresar su consentimiento en todos los ámbitos. El consentimiento otorgado por una persona que cuenta con un plan personalizado de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica de conformidad con las previsiones contenidas en dicho plan deberá considerarse plenamente válido. En todo caso, las autoridades o funcionarios públicos que puedan intervenir en los diferentes contratos deberán controlar el efectivo y adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo de acuerdo con lo señalado en los arts. 215 y ss. de este Código”.

.- NORMA: Código Civil: Art. 1264.

Contenido

“La incapacidad declarada en el artículo anterior está sujeta a las modificaciones que la ley determina, y se entiende sin perjuicio de las incapacidades especiales que la misma establece”.

Comentario

El uso del término de incapacidad es contrario a la Convención. Además esta figura representa el modelo de sustitución, que deberá ser reemplazado por el modelo de apoyo de acuerdo con lo establecido en la Convención en su Art.12.

Propuesta

Derogación del precepto.

.- NORMA. Código Civil. Art. 1.330

Contenido

“El incapacitado judicialmente solo podrá otorgar capitulaciones matrimoniales con la asistencia de su representante legal y, en su caso, autorizado por el consejo de familia”.

Comentario

Este artículo, basado en un régimen de incapacitación contrario a la Convención, restringe el derecho de ciertas personas a decidir sobre cuestiones tan propias como las capitulaciones matrimoniales en las que se permite la sustitución.

Propuesta

Debe implementarse el modelo de apoyo en la toma de decisiones en esta materia.

Texto de la norma

Art. 1330:

“Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de las medidas de apoyo que resulten necesarias para otorgar capitulaciones matrimoniales. Las capitulaciones otorgadas por una persona que cuenta con un plan personalizado de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica de conformidad con las previsiones contenidas en dicho plan deberán considerarse plenamente válidas. En todo caso, las autoridades o funcionarios públicos deberán controlar el efectivo y adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo de acuerdo con lo señalado en los arts.XXX y ss. de este Código”.

.- NORMA: Código Civil: Art. 1.903:

Contenido

“La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.

Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.

Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.

Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento y empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones.

Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias.

La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”.

Comentario

Este artículo configura una responsabilidad por actos de terceros muy general, pues hacer responder al tutor en todos los supuestos de daños causados por las personas incapacitadas podría ser interpretado como un paternalismo injustificado que las equipara a los menores de edad. La imputación de la responsabilidad del daño causado debería basarse en la evaluación de la situación en la que se encuentra la persona y en la determinación de si esa situación le convierte, o no, en irresponsable. La promoción de la autonomía de las personas con discapacidad implica no limitar su actuación estableciendo la igualdad en el ejercicio de los derechos y pero, además, exige convertirlas en responsables de sus actos.

Propuesta

La finalidad de proteger a ciertas personas, conlleva un paternalismo injustificado por parte del Ordenamiento jurídico. Habría que modificar este artículo

eliminado la referencia a los incapacitados del ámbito de responsabilidad extracontractual del tutor en consonancia con el nuevo modelo propuesto. En relación con las personas que cuentan con un plan personalizado de apoyo, sólo se debe establecer la responsabilidad extracontractual objetiva y directa de las personas que desempeñan apoyos obligatorios.

Texto de la norma

“La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.

Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.

Los tutores lo son de los perjuicios causados por los (las) menores que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.

La persona que ejerza funciones de apoyo obligatorias al ejercicio de la capacidad, será responsable de los perjuicios que se causen con su intervención al asistido, incluso cuando exista culpa leve.

Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento y empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones.

Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias.

La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”.

.- NORMA. Código Penal. Art. 20.

Contenido

“Están exentos de responsabilidad criminal

8. *El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.*

El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.

9. *El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.*

10. *El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.*

11. *El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurran los requisitos siguientes:*

1. *Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas.*
 2. *Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla.*
 3. *Falta de provocación suficiente por parte del defensor.*
 12. *El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos:*
 1. *Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.*
 2. *Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.*
 3. *Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.*
 13. *El que obre impulsado por miedo insuperable.*
 14. *El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.*
- En los supuestos de los tres primeros números se aplicarán, en su caso, las medidas de seguridad previstas en este Código”.*

Comentario

La fórmula que sigue el legislador en todo el precepto, y concretamente en el punto 1º y 3º se plantea desde la visión médica de la capacidad de culpabilidad o de la imputabilidad. Esta se compone de dos términos: uno biológico-psicológico (referidos al estado mental del agente) y otro jurídico (referido a las consecuencias que el estado mental debe haber producido en su capacidad de autoconducción).

La aplicación del art. 20.1 CP, inclusive cuando se lo vincula con el art. 21.1, requiere que se explique si el autor pudo comprender la antijuridicidad del hecho y comportarse de acuerdo con esta comprensión.

A los efectos de una respuesta a esta cuestión se debe tener en cuenta que la incapacidad de culpabilidad no requiere una total anulación de la posibilidad de comprensión y de autoconducción, que en muchos supuestos (p. ej. en el caso de los trastornos de la conciencia) conduciría directamente a la exclusión de la acción. Por lo tanto, la afirmación de una disminución importante puede dar lugar a la exclusión de la culpabilidad si el autor se vio tan afectado que no pudo comprender la antijuridicidad y conducirse de acuerdo con ella. Es decir, el juicio jurídico sobre la posibilidad de culpabilidad deberá realizarse por el Tribunal de instancia individualizadamente para cada caso, exponiendo, como es lógico, las razones que fundamenten la decisión. Esta cuestión tiene una singular trascendencia en el régimen de la responsabilidad penal actual, dado que el Derecho vigente ha instituido un sistema de doble vía, en el que se prevén penas, medidas de seguridad curativas o de custodia y, en el caso de la “capacidad” disminuida de culpabilidad la aplicación de ambas consecuencias penales reguladas por el principio vicariante (arts. 101 y ss. y 99 CP). Consecuentemente, los Tribunales, luego de haber fundamentado la exclusión de la culpabilidad o la disminución de la misma, deberán emitir un juicio ponderado sobre la consecuencia jurídica aplicable, que no sólo se referirá a la pena, sino también a la medida de seguridad que se considere aplicable así como a las razones por las que en el caso concreto no se estime procedente aplicar medida alguna junto con la pena (STS 16/11/2005). En todo caso, no parece ocioso señalar que, como ya argumentaba la

sentencia del Tribunal Supremo de 03/05/1995 la determinación de la “capacidad” de culpabilidad se lleva a cabo mediante una división de tareas entre los peritos y los jueces, en la que aquéllos determinan los aspectos biológico-psicológicos, mientras éstos valoran las consecuencias para la comprensión y dirección de las acciones, basándose en los dictámenes médicos emitidos. Sin embargo, puntos de vista recientes afirman que ello sólo es correcto si lo que se pretende es formular un juicio sobre la libertad de la voluntad de un sujeto. Por el contrario, si el juicio se refiere a motivabilidad del autor por medio de normas jurídicas los conocimientos empíricos no pueden ser ignorados en la determinación de la “capacidad” del autor. El juicio correspondiente, por lo tanto, se debe llevar a cabo mediante un método comparativo que partirá de la comprobación del grado de relevancia de la deficiencia mental, determinado por la visión biológica, psicológica, psiquiátrica y médica imperante, para establecer luego si es posible afirmar en el caso una modificación profunda de la personalidad que haya afectado la capacidad de obrar con sentido (STS 11/10/2005). En la práctica, y sin perjuicio del tiempo transcurrido, la ciencia médica y la jurídica continúan, como se ve, dando valor, de alguna manera, a las palabras de uno de los más grandes especialistas médicos en cuestiones de “capacidad” de culpabilidad: “de la existencia de la perturbación producida por una enfermedad mental deducimos, calladamente, la incapacidad de actuar según la comprensión, teniendo en cuenta el grado de la perturbación”. La opinión dominante sostiene, en este sentido, que la “capacidad” de culpabilidad se debe excluir cuando la perturbación producida por la deficiencia mental tenga una intensidad considerable. Por el contrario, la inimputabilidad o “incapacidad” de culpabilidad no requiere una eliminación completa de la voluntad, pues si ello ocurriera, en realidad, se excluiría la acción, que -como se admite en general- requiere, en todo caso, un comportamiento voluntario (STS 19/09/2000).

Desde la visión del artículo 12 de la Convención se parte del modelo social que no es compatible con el modelo médico que prima en las nociones de exención e inimputabilidad los elementos clínicos y psiquiátricos que en realidad lo que deducen implícitamente son unos indicadores de normalización de conductas determinados en virtud de teorías o criterios psiquiátricos imperantes en el momento, aunque no elimina completamente la voluntad.

Propuesta

Incorporar el elemento del modelo social eliminando el modelo médico, siendo coherentes con el nuevo paradigma que incorpora la Convención redefiniendo otras concepciones sobre estado mental, enfermedad, y similares.

Para acomodar el texto a la Convención, eliminando una visión de la discapacidad anclada en el modelo médico, es necesario modificar el apartado 1 del artículo el texto “a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica”; así como derogar todo el apartado 3.

Texto de la norma

Modificación del apartado 1. Del art. 20 del Código Penal:

“Están exentos de responsabilidad criminal

- 2. El que al tiempo de cometer la infracción penal se encuentre en una situación que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.**

No se aplicará lo anterior cuando sea el propio sujeto quien provoque esta situación con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.

Supresión del apartado 3. Del art. 20 del Código Penal

.- NORMA. Código Penal. Art. 25.

Contenido

“A los efectos de este Código se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma”.

Comentario

Al igual que sucede en el Código civil el legislador parte de la incapacidad en virtud del modelo médico, lo cual no es coherente con el espíritu del artículo 12 de la Convención.

Propuesta

Supresión del precepto.

.- NORMA. Código Penal. Art. 60,1:

Contenido

1. Cuando, después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto, garantizando que reciba la asistencia médica precisa, para lo cual podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad de las previstas en este Código que no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida. Si se tratase de una pena de distinta naturaleza, el Juez de Vigilancia Penitenciaria apreciará si la situación del penado le permite conocer el sentido de la pena y, en su caso, suspenderá la ejecución imponiendo las medidas de seguridad que estime necesarias.

*El Juez de Vigilancia comunicará al ministerio fiscal, con suficiente antelación, la próxima extinción de la pena o medida de seguridad impuesta, a efectos de lo previsto por la [*disposición adicional primera de este Código*](#).*

Comentario

Esta norma puede ser considerada como una de las principales previsiones legales que se pueden relacionar con las personas con discapacidad, referentes al sistema penal penitenciario. Esta norma es expresión del modelo médico y del método biológico o psiquiátrico puro, psicológico o mixto

La norma permite imponer una medida de seguridad en sustitución de la pena sin entrar a valorar la peligrosidad criminal del sujeto, identificándose trastorno mental y peligrosidad.

Por otro lado, hay que ser conscientes de que cuando se trata de una pena privativa de libertad, la pena sustitutiva sólo puede ser de una medida de seguridad de privación de libertad; debería haberse dejado abierta la posibilidad de aplicar medidas de seguridad de otra naturaleza, atendiendo a cada caso concreto. La medida de seguridad ha de tener carácter “rehabilitador” o “curativo” se dice, pero quizá habría que tener en cuenta como objetivo último la inclusión social.

Propuesta

La norma debería adoptar un enfoque propio del modelo social, eliminar los términos estigmatizantes y la relación directa entre trastorno mental y peligrosidad.

Texto de la norma

Art. 60.1 Código Penal:

Cuando, después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación que le impida conocer el sentido de la pena, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto, garantizando que reciba la asistencia precisa.

Únicamente en el caso de que de la situación de la persona pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos se podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad de las previstas en este Código que no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida. Si se tratase de una pena de distinta naturaleza, el Juez de Vigilancia Penitenciaria apreciará si la situación del penado le permite conocer el sentido de la pena y, en su caso, suspenderá la ejecución imponiendo las medidas de seguridad que estime necesarias.

El Juez de Vigilancia comunicará al ministerio fiscal, con suficiente antelación, la próxima extinción de la pena o medida de seguridad impuesta, a efectos de lo previsto por la [disposición adicional primera de este Código](#).

.- NORMA. Código Penal. Art. 60,2:

Contenido

2. Restablecida la salud mental del penado, éste cumplirá la sentencia si la pena no hubiere prescrito, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración, en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente.

Comentario

Esta norma se inscribe en el modelo médico – rehabilitador, que sólo considera la revisión médica de la persona, pero no los ajustes razonables dirigidos a la inclusión social de la persona con discapacidad.

Propuesta

Se propone modificar la norma para que sea más coherente con el modelo social.

Texto de la norma

Art. 60,2 Código Penal:

“Si el penado recupera la capacidad de comprender el sentido de la pena, éste cumplirá la sentencia si la pena no hubiere prescrito, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración, en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente.”

.- NORMA. Código Penal. Artículos 95 a 99.

Contenido

.- Art. 95

“ Las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el Capítulo siguiente de este Código, siempre que concurren estas circunstancias:

- 4. Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito.*
- 5. Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos.*
- 6. Cuando la pena que hubiere podido imponerse por el delito cometido no fuere privativa de libertad, el juez o tribunal sentenciador sólo podrá acordar alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 96.3.*

.- Art. 96

1. Las medidas de seguridad que se pueden imponer con arreglo a este Código son privativas y no privativas de libertad.

2. Son medidas privativas de libertad:

- 1. El internamiento en centro psiquiátrico.*
- 2. El internamiento en centro de deshabitación.*
- 3. El internamiento en centro educativo especial.*

3. Son medidas no privativas de libertad:

- 12. La inhabilitación profesional.*
- 13. La expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España.*
- 14. La libertad vigilada*
- 15. La custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia Penitenciaria y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado.*
- 16. La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.*
- 17. La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.*

.- Art. 97

Durante la ejecución de la sentencia, el Juez o Tribunal sentenciador adoptará, por el procedimiento establecido en el artículo siguiente, alguna de las siguientes decisiones:

- e. Mantener la ejecución de la medida de seguridad impuesta.*
- f. Decretar el cese de cualquier medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto.*
- g. Sustituir una medida de seguridad por otra que estime más adecuada, entre las previstas para el supuesto de que se trate. En el caso de que fuera acordada la sustitución y el sujeto evolucionara desfavorablemente, se dejará sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida.*
- h. Dejar en suspenso la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido con su aplicación, por un plazo no superior al que reste hasta el máximo señalado en la sentencia que la impuso. La suspensión quedará condicionada a que el sujeto no delinca durante el plazo fijado, y podrá dejarse sin efecto si nuevamente resultara acreditada cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 95 de este Código.*

.- Art. 98.

1. A los efectos del [artículo anterior](#), cuando se trate de una medida de seguridad privativa de libertad o de una medida de libertad vigilada que deba ejecutarse después del cumplimiento de una pena privativa de libertad, el Juez de Vigilancia Penitenciaria estará obligado a elevar al menos anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese,

sustitución o suspensión de la misma. Para formular dicha propuesta el Juez de Vigilancia Penitenciaria deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a o por las Administraciones Públicas competentes y, en su caso, el resultado de las demás actuaciones que a este fin ordene.

2. Cuando se trate de cualquier otra medida no privativa de libertad, el Juez o Tribunal sentenciador recabará directamente de las Administraciones, facultativos y profesionales a que se refiere el apartado anterior, los oportunos informes acerca de la situación y la evolución del condenado, su grado de rehabilitación y el pronóstico de reincidencia o reiteración delictiva.

3. En todo caso, el Juez o Tribunal sentenciador resolverá motivadamente a la vista de la propuesta o los informes a los que respectivamente se refieren los dos apartados anteriores, oída la propia persona sometida a la medida, así como el Ministerio Fiscal y las demás partes. Se oirá asimismo a las víctimas del delito que no estuvieren personadas cuando así lo hubieran solicitado al inicio o en cualquier momento de la ejecución de la sentencia y permanezcan localizables a tal efecto.

.- Art. 99:

En el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el juez o tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Una vez alzada la medida de seguridad, el juez o tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el artículo 96.3.

Comentario

No puede afirmarse que estas normas se enfrenten a la Convención ya que tampoco establecen una discriminación por motivo de discapacidad. En todo caso, sí que se considera conveniente modificar la referencia al “centro psiquiátrico” del art. 96.

Propuesta

No es necesario reformar estos preceptos salvo la referencia a centro psiquiátrico del art. 96 que deberá ser reemplazada por la de “centro de salud mental”.

Texto de la norma

.- Art. 96. Código Penal

1. Las medidas de seguridad que se pueden imponer con arreglo a este Código son privativas y no privativas de libertad.

2. Son medidas privativas de libertad:

1. El internamiento en centro de salud mental.

2. El internamiento en centro de deshabituación.

3. El internamiento en centro educativo especial.

.- NORMA. Código Penal. Art. 100.

Contenido

1. El quebrantamiento de una medida de seguridad de internamiento dará lugar a que el juez o tribunal ordene el reingreso del sujeto en el mismo centro del que se hubiese evadido o en otro que corresponda a su estado.

2. Si se tratare de otras medidas, el juez o tribunal podrá acordar la sustitución de la quebrantada por la de internamiento si ésta estuviese prevista para el supuesto de que se trate y si el quebrantamiento demostrase su necesidad.

3. En ambos casos el Juez o Tribunal deducirá testimonio por el quebrantamiento. A estos efectos, no se considerará quebrantamiento de la medida la negativa del sujeto a someterse a tratamiento médico o a continuar un tratamiento médico inicialmente consentido. No obstante, el Juez o Tribunal podrá acordar la sustitución del tratamiento inicial o posteriormente rechazado por otra medida de entre las aplicables al supuesto de que se trate.

Comentario

Este precepto no se enfrenta a la Convención. Se considera adecuado que no se considere quebrantamiento de una medida de seguridad la negativa a someterse a tratamiento médico.

Propuesta

No se considera necesario reformar el precepto.

.- NORMA. Código Penal. Art. 101.

Contenido

1. Al sujeto que sea declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número 1 del artículo 20, se le podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie, o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo.

2. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de este Código.

Comentario

El precepto hace referencia a la posibilidad de internamiento en un establecimiento adecuado a aquella persona declarada exenta de responsabilidad penal. El análisis del alcance de este precepto debe hacerse en concordancia con lo expuesto en el comentario sobre el art. 20 del Código Penal. En todo caso, este tipo de medidas sólo podrán adoptarse cuando se determine la peligrosidad de la persona y deben siempre tener como finalidad la educación y la inclusión y ser objeto de revisión periódica.

Propuesta

Adaptación de la norma al nuevo modelo de responsabilidad penal desde los parámetros de la concepción que sobre la discapacidad maneja la Convención.

Texto de la norma

Art. 101. Del Código Penal.

1. Al sujeto que sea declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número 1 del artículo 20, se le podrá aplicar, si fuere necesaria al poder deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos, la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado a su situación y cualquier otra de las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y

a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo. En todo caso, el juez revisará periódicamente la situación de la persona.

2. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de este Código.

.- NORMA. Código Penal. Art. 104.

Contenido

1. En los supuestos de eximente incompleta en relación con los números 1, 2 y 3 del artículo 20, el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en los artículos 101, 102 y 103. No obstante, la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la de la pena prevista por el Código para el delito. Para su aplicación se observará lo dispuesto en el artículo 99.

2. Cuando se aplique una medida de internamiento de las previstas en el apartado anterior o en los artículos 101, 102 y 103, el juez o tribunal sentenciador comunicará al ministerio fiscal, con suficiente antelación, la proximidad de su vencimiento, a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este Código.

Comentario/propuesta

Adaptación de la norma al nuevo modelo de responsabilidad penal desde los parámetros de la concepción que sobre la discapacidad maneja la Convención. Supresión de la referencia al número 3 del artículo 20.

Texto de la norma

Art. 104 del Código Penal.

“1. En los supuestos de eximente incompleta en relación con los números 1 y 2 del artículo 20, el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en los artículos 101, 102 y 103. No obstante, la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la de la pena prevista por el Código para el delito. Para su aplicación se observará lo dispuesto en el artículo 99.

2. Cuando se aplique una medida de internamiento de las previstas en el apartado anterior o en los artículos 101, 102 y 103, el juez o tribunal sentenciador comunicará al ministerio fiscal, con suficiente antelación, la proximidad de su vencimiento, a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este Código”.

.- NORMA. Código Penal. Arts. 145 y 156.

Contenido

.- Art. 145

“1. El que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la Ley será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años. El juez podrá imponer la pena en su mitad superior cuando los actos descritos en este apartado se realicen fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado.

2. La mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la Ley, será castigada con la pena de multa de seis a veinticuatro meses.
3. En todo caso, el juez o tribunal impondrá las penas respectivamente previstas en este artículo en su mitad superior cuando la conducta se llevare a cabo a partir de la vigésimo segunda semana de gestación”.

.- Art. 156:

Párrafo 1º: “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válido, libre y consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales”.

Párrafo 2º: “Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, haya sido autorizada por el juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz”.

Comentario

En el supuesto del art. 145 con respecto al delito de aborto el legislador ha optado por no reiterar aquellos casos contemplados por la ley, los cuales se encuentran en conexión con la Ley 2/2010, concretamente los artículos 14 y 15 con respecto a la interrupción de embarazo voluntaria, a petición de la mujer y la interrupción por causas médicas.

Los supuestos b y c, libran a los facultativos médicos de la responsabilidad penal en aquellos supuestos tasados por la ley, no en otros supuestos que sí se encuentran tipificados como delito de aborto del art. 145.

En primer lugar, el punto b y c del art. 15 de la Ley 2/2010 determina las causas médicas, por medio de dictamen médico o por comité clínico, en dos supuestos concretos: cuando se detecten anomalías fetales “incompatibles con la vida” (concepto que no sé sabe muy bien a qué se refiere y objetable en su esencia científica) o cuando se detecte en el feto una enfermedad “extremadamente grave e incurable” en el momento del diagnóstico. En ambos casos, no requieren la petición voluntaria de la persona gestante, es decir, los informes médicos suplen dicha voluntad.

Entendemos que en virtud del artículo 12 de la Convención ni los dictámenes médicos ni los comités clínicos pueden suplir la voluntad o petición de la persona a quien van a efectuar la intervención. En todo caso requerirá su consentimiento, y no es coherente con la Convención la definiciones establecidas en el punto b y c ya se entiende que parte de la presunción contraria a la concepción de plena capacidad para todas las personas en igualdad de condiciones, máxime cuando existen medios que pueden ayudar a suplir esta necesidad que en cada caso se determine.

Observamos en el art. 156, párrafo 2º que con respecto a las esterilizaciones de las personas con discapacidad el legislador no considera punible el hecho en cuestión cuando se realiza a personas con discapacidad de grave deficiencia psíquica, sin tener en cuenta su voluntad ni su consentimiento, salvo por lo que se denomina “exploración del incapaz” realizada por el juez durante el procedimiento Civil de Incapacidad lo cual no se entiende que se refiera a su consentimiento. Esta práctica de las esterilizaciones

forzadas, no voluntarias, y sin consentimiento o voluntad de la persona no puede ser asumida por ser contraria a la Convención tal y como ha señalado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En efecto, el Comité en sus Observaciones Finales al informe presentado por el gobierno español ha señalado que 37 “ha expresado su inquietud por el hecho de que las personas con discapacidad ... puedan ser sometidas a esterilización sin su consentimiento, otorgado libremente y con conocimiento de causa e insta a España a que “suprima la administración de tratamiento médico, en particular la esterilización, sin el consentimiento, pleno y otorgado con conocimiento de causa, del paciente, y a que vele por que la legislación nacional respete especialmente los derechos reconocidos a las mujeres en los artículos 23 y 25 de la Convención”.

Es necesario definir las condiciones en las que sería necesario agravar las penas cuando tienen como víctima a personas que se encuentran en situaciones en las que debido a sus dificultades para comprender ciertas conductas pueden ser más vulnerables.

Propuesta

Modificar el párrafo 1 del artículo 156 y suprimir el párrafo 2º del art. 156.

Texto de la norma

Art. 156 del Código Penal:

Párrafo 1º: “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válido, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad, en cuyo caso no será válido el prestado por éste ni por su representante legal.

En los supuestos anteriores, el consentimiento formulado de acuerdo a un plan personalizado de apoyos para el ejercicio de la capacidad será válido”.

Supresión del párrafo 2º

.- NORMA. Código Penal. Arts. 164 y 165.

Contenido

.- Art. 164:

“El secuestro de una persona exigiendo alguna condición para ponerla en libertad, será castigado con la pena de prisión de seis a diez años. Si en el secuestro se hubiera dado la circunstancia del artículo 163.3, se impondrá la pena superior en grado, y la inferior en grado si se dieran las condiciones del artículo 163.2”.

.- Art. 165:

“Las penas de los artículos anteriores se impondrán en su mitad superior, en los respectivos casos, si la detención ilegal o secuestro se ha ejecutado con simulación de autoridad o función pública, o la víctima fuere menor de edad o incapaz o funcionario público en el ejercicio de sus funciones”.

Comentario

Esta norma (el artículo 165) está en clara discordancia con la Convención al incluir la referencia a la incapacidad.

Propuesta

Deben eliminarse términos peyorativos o discriminatorios.

Es necesario definir las condiciones en las que sería necesario agravar las penas cuando tienen como víctima a personas que se encuentran en situaciones en las que debido a sus dificultades para comprender ciertas conductas pueden ser más vulnerables.

Debe suprimirse el término incapaz.

Texto de la norma

.- Art. 165 del Código Penal:

“Las penas de los artículos anteriores se impondrán en su mitad superior, en los respectivos casos, si la detención ilegal o secuestro se ha ejecutado con simulación de autoridad o función pública, o la víctima fuere menor de edad, persona que se encuentre en situación de indefensión, persona que precise de apoyos en la toma de sus decisiones o funcionario público en el ejercicio de sus funciones”.

.- NORMA. Código Penal. Arts. 181 y 182.

Contenido

.- Art.181

“1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años, sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare.

3. La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaleándose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.

4, Las penas señaladas en este artículo se impondrán en su mitad superior si concurriere la circunstancia 3 o la 4, de las previstas en el apartado 1 del artículo 180 de este código”.

.- Art. 182:

“1. En todos los casos del artículo anterior, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a 10 años.

2. La pena señalada en el apartado anterior se impondrá en su mitad superior cuando concurra la circunstancia 3 o la 4 de las previstas en el artículo 180.1 de este código”.

Comentario

El término “estando privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abuse” equivale a la versión médica pudiendo encontrarse otros supuestos, que quedarían fuera de este precepto. Sería necesario sustituirlas conforme a la Convención.

Propuesta

Modificación del apartado 2 del art. 181.

Texto de la norma

Art. 181,2 del Código Penal.

A los efectos del apartado anterior se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años o sobre personas que se encuentran en una situación que les impide comprender el significado de la conducta sexual o conformar su voluntad en relación con la misma.

.- NORMA. Código Penal. Art. 183.

Contenido

“1. El que, interviniendo engaño, cometiere abuso sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años, o multa de doce a veinticuatro meses.

2. Cuando el abuso consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena será de prisión de dos a seis años. La pena se impondrá en su mitad superior si concurriera la circunstancia 3, o la 4, de las previstas en el artículo 180.1 de este código”.

Comentario

La norma no protege a aquellas personas con discapacidad que puedan ser especialmente vulnerables en relación con estos delitos como sujetos de especial protección frente a los abusos sexuales.

Propuesta

En la norma se debe contemplar a las personas con discapacidad, abarcando dentro del tipo penal a los sujetos pasivos del delito: con persona mayor de trece años y menor de dieciséis o con una persona con discapacidad que precisa de apoyos.

Texto de la norma

Artículo 183 del Código Penal.

“1. El que, interviniendo engaño, cometiere abuso sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis, o con una persona que precise de apoyos en la toma de sus decisiones será castigado con la pena de prisión de uno a dos años, o multa de doce a veinticuatro meses.

2. Cuando el abuso consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena será de prisión de dos a seis años. La pena se impondrá en su mitad superior si concurriera la circunstancia 3, o la 4, de las previstas en el artículo 180.1 de este código”.

.- NORMA. Código Penal. Art. 187.

Contenido

“1. El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro

2. *Incurrirán en la pena de prisión indicada, en su mitad superior, y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, los que realicen los hechos prevaleciéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.*
3. *Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades”.*

Comentario

Se utiliza un término “incapaz” que expresa un modelo enfrentado al artículo 12 de la Convención.

Propuesta

Sustitución del término incapaz.

Texto de la norma

- “1. El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad, de una persona que se encuentre en situación de indefensión, o de una persona que precise de apoyo en la toma de sus decisiones, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro*
- 2. Incurrirán en la pena de prisión indicada, en su mitad superior, y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, los que realicen los hechos prevaleciéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.*
- 3. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades”.*

- NORMA. Código Penal. Art. 188.

Contenido

- “1. El que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de 12 a 24 meses. En la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma.*
- 2. Se impondrán las penas correspondientes en su mitad superior, y además la pena de inhabilitación absoluta de seis a 12 años, a los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior prevaleciéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.*
- 3. Si las mencionadas conductas se realizaran sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, se impondrá al responsable la pena superior en grado a la que corresponda según los apartados anteriores.*
- 4. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida”.*

Comentario/ Propuesta

La terminología no es conforme a la Convención en tanto se usa el término “incapaz”.

Más allá de lo anterior, no parece haber un énfasis en dos aspectos que para la Convención son importantes, que son los relativos a niños con discapacidad y mujeres con discapacidad. En ello ha incidido el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en sus Observaciones Finales en relación con el informe inicial presentado por el gobierno español en cumplimiento del art. 35 de la Convención.

Texto de la norma

Art. 188 del Código Penal.

3. Si las mencionadas conductas se realizaran sobre persona menor de edad, sobre persona en situación de indefensión o sobre una persona que precisa de apoyos para la toma de sus decisiones, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, se impondrá al responsable la pena superior en grado a la que corresponda según los apartados anteriores.

4. Serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años los que realicen los actos previstos en el apartado 1 de este artículo sobre menores de edad con discapacidad o sobre mujeres que precisan de apoyo para la toma de sus decisiones.

.- NORMA. Código Penal. Art. 189.

Contenido

“1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años:

- e. El que utilizare a menores de edad o a incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades.*
- f. El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.*
- 2. El que para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años.*
- 3. Serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años los que realicen los actos previstos en el apartado 1 de este artículo cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:*
 - m. Cuando se utilicen a niños menores de 13 años.*
 - n. Cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.*
 - o. Cuando los hechos revistan especial gravedad atendiendo al valor económico del material pornográfico.*
 - p. Cuando el material pornográfico represente a niños o a incapaces que son víctimas de violencia física o sexual.*
 - q. Cuando el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades.*
 - r. Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho o de derecho, del menor o incapaz.*

4. El que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año.
5. El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o incapaz y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o incapaz, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses.
6. El ministerio fiscal promoverá las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, en su caso, a la persona que incurra en alguna de las conductas descritas en el apartado anterior.
7. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años el que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada.
8. En los casos previstos en los apartados anteriores, se podrán imponer las medidas previstas en el artículo 129 de este código cuando el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades”.

Comentario

La terminología empleada no es conforme a la Convención en tanto se emplea el término “incapaz” hace referencia al modelo médico rehabilitador, y la Convención promueve el modelo social de la discapacidad.

Más allá de lo anterior, no parece haber un énfasis en dos aspectos que para la Convención son importantes, que son los relativos a niños con discapacidad y mujeres con discapacidad.

Propuesta

Sustituir el término “incapaz” por “persona con discapacidad”.

Definir las condiciones en las que sería necesario agravar las penas cuando tienen como víctima a personas que se encuentran en situaciones en las que debido a sus dificultades para comprender ciertas conductas pueden ser más vulnerables

Texto de la norma

Art. 189 Código Penal

“1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años:

- g. El que utilizare a menores de edad o a una persona que se encuentren en situación de indefensión o a una persona que precise de apoyos en la toma de sus decisiones, con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades.**
- h. El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o personas que cuenten con un plan personalizado de apoyo al ejercicio de la capacidad, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.**

2. El que para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o a una persona que se encuentren en situación de indefensión o a una persona que cuente con plan personalizado de apoyo para el ejercicio de la capacidad, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años.

3. Serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años los que realicen los actos previstos en el apartado 1 de este artículo cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

s. Cuando se utilicen a niños menores de 13 años.

t. Cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

u. Cuando los hechos revistan especial gravedad atendiendo al valor económico del material pornográfico.

v. Cuando el material pornográfico represente a niños o a una persona que se encuentren en situación de indefensión o a una persona que cuente con plan personalizado de apoyo para el ejercicio de la capacidad, que son víctimas de violencia física o sexual.

w. Cuando el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades.

x. Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro, ejerciente de las funciones de apoyo o cualquier otra persona encargada, de hecho o de derecho, del menor, de la persona que se encuentren en situación de indefensión o de la persona que cuente con plan personalizado de apoyo para el ejercicio de la capacidad.

4. El que haga participar a un menor o a una persona que se encuentren en situación de indefensión o a una persona que cuente con plan personalizado de apoyo para el ejercicio de la capacidad, en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año.

5. El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad, o ejerza funciones de apoyo a una persona que cuente con una plan personalizado de apoyo al ejercicio de la capacidad, y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o incapaz, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses.

6. El ministerio fiscal promoverá las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, del ejercicio de la función de apoyo, tutela, guarda o acogimiento familiar, en su caso, a la persona que incurra en alguna de las conductas descritas en el apartado anterior.

7. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años el que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores, personas que se encuentren en situación de indefensión o personas que cuenten con planes personalizados de apoyo para el ejercicio de la capacidad, se emplee su voz o imagen alterada o modificada.

8. En los casos previstos en los apartados anteriores, se podrán imponer las medidas previstas en el artículo 129 de este código cuando el culpable pertenezca a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades”.

.- NORMA. Código Penal. Art. 511.

Contenido

“1. Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.

2. Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.

3. Los funcionarios públicos que cometan alguno de los hechos previstos en este artículo, incurrirán en las mismas penas en su mitad superior y en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años”.

Comentario

La terminología empleada no es conforme a la Convención en tanto que el término “minusvalía” hace referencia al modelo médico rehabilitador, y la Convención promueve el modelo social de la discapacidad.

Propuesta

Sustituir el término “minusvalía” por “por motivo de discapacidad”.

Texto de la norma

Art. 511.

“1. Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad.

2. Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad

3. Los funcionarios públicos que cometan alguno de los hechos previstos en este artículo, incurrirán en las mismas penas en su mitad superior y en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años”.

.- NORMA. Código Penal. Art. 607 bis.

Contenido

“1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella.

En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos:

- 3. Por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.*
 - 4. En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen.*
- 2. Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados:*
- 11. Con la pena de prisión de 15 a 20 años si causaran la muerte de alguna persona.
Se aplicará la pena superior en grado si concurriera en el hecho alguna de las circunstancias previstas en el artículo 139.*
 - 12. Con la pena de prisión de 12 a 15 años si cometieran una violación, y de cuatro a seis años de prisión si el hecho consistiera en cualquier otra agresión sexual.*
 - 13. Con la pena de prisión de 12 a 15 años si produjeran alguna de las lesiones del artículo 149 y con la de ocho a 12 años de prisión si sometieran a las personas a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud o cuando les produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 150. Se aplicará la pena de prisión de cuatro a ocho años si cometieran alguna de las lesiones del artículo 147.*
 - 14. Con la pena de prisión de ocho a 12 años si deportaran o trasladaran por la fuerza, sin motivos autorizados por el derecho internacional, a una o más personas a otro Estado o lugar, mediante la expulsión u otros actos de coacción.*
 - 15. Con la pena de prisión de seis a ocho años si forzaran el embarazo de alguna mujer con intención de modificar la composición étnica de la población, sin perjuicio de la pena que corresponda, en su caso, por otros delitos.*
 - 16. Con la pena de prisión de 12 a 15 años cuando detuvieran a alguna persona y se negaran a reconocer dicha privación de libertad o a dar razón de la suerte o paradero de la persona detenida.*
 - 17. Con la pena de prisión de ocho a 12 años si detuvieran a otro, privándolo de su libertad, con infracción de las normas internacionales sobre la detención.
Se impondrá la pena inferior en grado cuando la detención dure menos de quince días.*
 - 18. Con la pena de cuatro a ocho años de prisión si cometieran tortura grave sobre personas que tuvieran bajo su custodia o control, y con la de prisión de dos a seis años si fuera menos grave.
A los efectos de este artículo, se entiende por tortura el sometimiento de la persona a sufrimientos físicos o psíquicos.
La pena prevista en este número se impondrá sin perjuicio de las penas que correspondieran, en su caso, por los atentados contra otros derechos de la víctima.*
 - 19. Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si cometieran alguna de las conductas relativas a la prostitución recogidas en el artículo 187.1 y con la de seis a ocho años en los casos previstos en el artículo 188.1.
Se impondrá la pena de seis a ocho años a quienes trasladen a personas de un lugar a otro, con el propósito de su explotación sexual, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima.*

Cuando las conductas previstas en el párrafo anterior y en el artículo 188.1 se cometan sobre menores de edad o incapaces, se impondrán las penas superiores en grado.

20. *Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si sometieran a alguna persona a esclavitud o la mantuvieran en ella. Esta pena se aplicará sin perjuicio de las que, en su caso, correspondan por los concretos atentados cometidos contra los derechos de las personas.*

Por esclavitud se entenderá la situación de la persona sobre la que otro ejerce, incluso de hecho, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, como comprarla, venderla, prestarla o darla en trueque”.

Comentario

El artículo en cuestión aborda diversos aspectos que si bien pueden mirarse con particularidad, en términos generales están vinculadas (en el interés del análisis) a la comisión de estos delitos sobre personas con discapacidad.

La Convención enfatiza dos aspectos que son los relativos a niños con discapacidad y mujeres con discapacidad; mismos que, en atención a la conducta de que se trata en el artículo que se analiza, pueden ser particularmente afectados.

Por otra parte, en el primer apartado del artículo, resultaría pertinente añadir la discapacidad como razón que puede motivar la conducta.

Propuesta

Agregar la discapacidad como motivo de comisión de la conducta del apartado: “por motivo de discapacidad”

Sustituir el término “incapaz” por “persona con discapacidad” o por “persona con discapacidad que precisa de apoyo”.

Texto de la norma

Art. 607 bis del Código penal

Apartado 1,1: Por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género o de discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.

Apartado 2,9: Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si cometieran alguna de las conductas relativas a la prostitución recogidas en el artículo 187.1 y con la de seis a ocho años en los casos previstos en el artículo 188.1.

Se impondrá la pena de seis a ocho años a quienes trasladen a personas de un lugar a otro, con el propósito de su explotación sexual, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima.

Cuando las conductas previstas en el párrafo anterior y en el artículo 188.1 se cometan sobre menores de edad, personas en situación de indefensión o personas que precisen de apoyos en la toma de sus decisiones, se impondrán las penas superiores en grado.

.- NORMA. Código Penal. Disposición Adicional Primera.

Contenido

“Cuando una persona sea declarada exenta de responsabilidad criminal por concurrir alguna de las causas previstas en los números 1 y 3 del artículo 20 de este Código, el Ministerio Fiscal instará, si fuera procedente, la declaración de incapacidad ante la

Jurisdicción Civil, salvo que la misma hubiera sido ya anteriormente acordada y, en su caso, el internamiento conforme a las normas de la legislación civil”.

Comentario/propuesta

Eliminar la mención a los procesos de incapacidad ante la jurisdicción civil. Arbitrar medidas de apoyo adecuadas en cada caso y servicios integrales de justicia, salud y sociales.

Texto de la norma

“Cuando una persona sea declarada exenta de responsabilidad criminal por concurrir la circunstancia prevista en el apartado 1 del artículo 20 de este Código, el Ministerio Fiscal instará, si fuera procedente, el establecimiento de un plan personalizado de apoyo, salvo que el mismo hubiera sido ya anteriormente acordado y solicitará su ingreso únicamente si concurren alguna de las causas establecidas en la legislación vigente.

.- NORMA. Ley de Enjuiciamiento Criminal. Art. 381.

Contenido

Si el Juez advirtiese en el procesado indicios de enajenación mental, le someterá inmediatamente a la observación de los Médicos forenses en el establecimiento en que estuviese preso, o en otro público si fuere más a propósito o estuviese en libertad.

Los Médicos darán en tal caso su informe del modo expresado en el capítulo VII de este título.

Comentario

Los indicios de enajenación mental son considerados elementos a considerar por el juzgador en aras a valorar la acción, “capacidad” de culpabilidad con respecto a los hechos. Es relevante la visión del juez en estos casos, pero siempre desde la consideración del paradigma del artículo 12 de la Convención.

Propuesta

Los indicios sobre enajenación mental deben valorarse de manera integral junto con los órganos de salud, y otros órganos sociales especializados en la materia. En caso necesario se determinarán los espacios adecuados para continuar con la medida de seguridad previamente determinada durante el proceso. También se considera aconsejable sustituir el término enajenación mental por trastorno mental.

Texto de la norma

Art. 381 Ley de Enjuiciamiento Criminal

“Si el Juez advirtiese en el procesado indicios de trastorno mental, le someterá inmediatamente a la observación de los Médicos forenses en el establecimiento en que estuviese preso, o en otro público si fuere más a propósito o estuviese en libertad.

Los Médicos darán en tal caso su informe del modo expresado en el capítulo VII de este título. Igualmente, deberá contarse con un informe psicosocial”

.- NORMA. Ley de Enjuiciamiento Criminal. Art. 382.

Contenido

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, el Juez recibirá información acerca de la enajenación mental del procesado, en la forma prevenida en el artículo 380.

Comentario

Eliminar el concepto de enajenado mental, por otro más acorde con la Convención ya que parten de la visión del modelo médico- rehabilitador.

Propuesta

Sustituir enajenación mental por trastorno mental.

Texto de la norma

Art. 382 Ley de Enjuiciamiento Criminal

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, el Juez recibirá información acerca del trastorno mental del procesado, en la forma prevenida en el artículo 380.

.- NORMA. Ley de Enjuiciamiento Criminal. Art. 383.

Contenido

Si la demencia sobreviniera después de cometido el delito, concluso que sea el sumario, se mandará archivar la causa por el Tribunal competente hasta que el procesado recobre la salud, disponiéndose, además, respecto de éste, lo que el Código Penal, prescribe para los que ejecutan el hecho en estado de demencia. Si hubiese algún otro procesado por razón del mismo delito que no se encontrase en el caso del anterior, continuará la causa solamente en cuanto al mismo.

Comentario

La concepción de demencia o estado de demencia debe ser eliminada en virtud de la nueva visión potenciadora de la Convención. Estos términos pertenecen al modelo médico rehabilitador, desde criterios determinados en la psiquiatría o ámbitos médicos similares, los cuales no poseen un carácter absoluto y universal sino que suponen un planteamiento temporal y espacial, antropológico y cultural. Lo que puede ser demencia para unos no es asimismo considera para otros. Inclusive, el término supone considerar que se está estigmatizando al colectivo en cuestión.

Propuesta

Potenciar equipos integrales o multidisciplinares de actuación cuando la persona así lo requiera, previa consideración del Juzgado.

Texto de la norma

Art. 383 Ley de Enjuiciamiento Criminal

“Si el trastorno mental sobreviniera después de cometido el delito, concluso que sea el sumario, se mandará archivar la causa por el Tribunal competente hasta que el procesado recobre la salud, disponiéndose, además, respecto de éste, lo que el Código Penal prescribe para los que ejecutan el hecho en una situación que le impide comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

Si hubiese algún otro procesado por razón del mismo delito que no se encontrase en el caso del anterior, continuará la causa solamente en cuanto al mismo.”

.-NORMA. Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa. Art. 18.

Contenido

“Tienen capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, además de las personas que la ostenten con arreglo a la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#), los menores de edad para la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela.

Los grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos, entidades todas ellas aptas para ser titulares de derechos y obligaciones al margen de su integración en las estructuras formales de las personas jurídicas, también tendrán capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo cuando la Ley así lo declare expresamente”.

Comentario

El artículo 12 de la Convención reconoce la personalidad jurídica de las personas con discapacidad e insta al reconocimiento de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de la vida. Para este ejercicio, que parte de la presunción de capacidad (contrario al modelo de sustitución y representación) se busca el establecimiento de un modelo de apoyo que permita que las personas con discapacidad puedan acceder al ejercicio de su capacidad jurídica gozando del apoyo que para ello resulte necesario. En este punto resulta esencial la conexión del art. 12 con el art. 13 de la Convención relativo al acceso a la justicia en igualdad de condiciones, que incluye la igualdad en el reconocimiento y ejercicio de la capacidad procesal.

Propuesta

Añadir una redacción que mencione que las personas con discapacidad tienen capacidad procesal en igualdad de condiciones que las demás personas, para cuyo ejercicio contarán con los apoyos que resulten necesarios.

Texto de la norma

Art. 18 LJCA

“Para garantizar a las personas con discapacidad el ejercicio de su capacidad procesal ante el orden contencioso-administrativo en igualdad de condiciones deberán cumplirse las exigencias de accesibilidad y se realizarán los ajustes razonables pertinentes en cada caso.

Las personas que tengan dificultades para el ejercicio de su capacidad procesal tendrán derecho al uso, reconocimiento y a la prestación de los apoyos que resulten necesarios. Las personas que cuentan con un plan personalizado de medidas de apoyo tienen plena capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

En todo caso, el juez interviniente en el proceso y el Ministerio Fiscal deben comprobar el efectivo y adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo de acuerdo con lo previsto en el art. 215 del Código civil.”

.-NORMA. Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa. Art. 30.

Contenido

“Tendrán capacidad de obrar ante las administraciones públicas, además de las personas que la ostenten con arreglo a las normas civiles, los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Se exceptúa el supuesto de menores incapacitados, cuando la extensión de la incapacitación afecta al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate”.

Comentario

El presente artículo reconoce la capacidad de obrar ante las instituciones públicas entre otros, a los menores, exceptuando a menores con discapacidad que se ajusten al supuesto que se menciona.

En tanto se excluye a los menores con discapacidad de este ejercicio, únicamente por motivos de discapacidad, resulta clara la existencia de discriminación por motivos de discapacidad enfrentada al art. 2 y al art. 12 de la Convención.

Por otro lado, este precepto también se enfrenta al art. 12 de la Convención.

Propuesta

Suprimir la redacción sobre los menores incapacitados e incluir una que señale que los menores con discapacidad contarán con los apoyos necesarios para este ejercicio.

Texto de la norma

Art. 30 LJCA

“Tendrán capacidad para actuar ante las administraciones públicas los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Los menores con discapacidad tendrán derecho a la prestación del apoyo que precisen para el ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate”.

.-NORMA. Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa. Art. 69.

Contenido

“La Sentencia declarará la inadmisibilidad del recurso o de alguna de las pretensiones en los casos siguientes: B) Que se hubiera interpuesto por persona incapaz, no debidamente representada o no legitimada”.

Comentario

El artículo justifica la inadmisibilidad de recurso si se interpone (entre otros supuestos) por una persona incapacitada.

El precepto legitima así un modelo de sustitución de la voluntad que se enfrenta al contenido del artículo 12 de la Convención.

Propuesta

Suprimir la mención a persona incapaz. Sustituir el sistema que hay, basado en la sustitución de la voluntad, por el de apoyos de la Convención.

Texto de la norma

“La Sentencia declarará la inadmisibilidad del recurso o de alguna de las pretensiones en los casos siguientes: B) Que se hubiera interpuesto sin ajustarse al plan personalizado de apoyo al ejercicio de la capacidad cuándo éste fuera preciso”.

.- NORMA. *Ley Orgánica 1/1979 de 26 de septiembre, General Penitenciaria. Art. 11.*

Contenido

Los establecimientos especiales son aquellos en los que prevalece el carácter asistencial y serán de los siguientes tipos:

- d. Centros hospitalarios.*
- e. Centros psiquiátricos.*
- f. Centros de rehabilitación social, para la ejecución de medidas penales, de conformidad con la legislación vigente en esta materia.*

Comentario

Esta disposición establece los tipos de centros especiales y el carácter de los mismos. Conforme a ello, pueden ser de tipo hospitalario, psiquiátrico y de rehabilitación social, teniendo los tres carácter asistencial. Partiendo de la base de que los centros psiquiátricos sirven para que las personas con discapacidad mental o intelectual puedan ser rehabilitadas con el fin de insertarse en la sociedad es absolutamente necesario que este carácter supuestamente asistencial de la medida de seguridad sea efectivo y conduzca a la reinserción y no al internamiento de por vida de las personas con discapacidad en dichos centros psiquiátricos.

Al mismo tiempo, es necesario tener en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad como elemento integrante de las políticas de estos centros.

Propuesta

Sustituir centro psiquiátrico por centro de salud mental.

Texto de la norma

“Los establecimientos especiales son aquellos en los que prevalece el carácter asistencial y serán de los siguientes tipos:

- d. Centros hospitalarios.*
- e. Centros de salud mental.*
- f. Centros de rehabilitación social, para la ejecución de medidas penales, de conformidad con la legislación vigente en esta materia.*

El trabajo de los profesionales de estos centros debe orientarse a lograr la plena inclusión social de las personas ingresadas.”

.- NORMA: *Ley 30/1979 de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos. Art. 4 b):*

Contenido

«Artículo 4.

La obtención de órganos procedentes de un donante vivo, para su ulterior injerto o implantación en otra persona, podrá realizarse si se cumplen los siguientes requisitos:

- a) Que el donante sea mayor de edad.*
- b) Que el donante goce de plenas facultades mentales y haya sido previamente informado de las consecuencias de su decisión. Esta información se referirá a las consecuencias previsibles de orden somático, psíquico y psicológico, a las eventuales repercusiones que la donación pueda tener sobre su vida personal, familiar y profesional, así como a los beneficios que con el transplante se espera haya de conseguir el receptor.*
- c) Que el donante otorgue su consentimiento de forma expresa, libre y consciente, debiendo manifestarlo, por escrito, ante la autoridad pública que reglamentariamente se determine, tras las explicaciones del médico que ha de efectuar la extracción, obligado éste también a firmar el documento de cesión del órgano. En ningún caso podrá efectuarse la extracción sin la firma previa de este documento.*
- A los efectos establecidos en esta Ley, no podrá obtenerse ningún tipo de órganos de personas que, por deficiencias psíquicas o enfermedad mental o por cualquiera otra causa, no puedan otorgar su consentimiento expreso, libre y consciente.*
- d) Que el destino del órgano extraído sea su transplante a una persona determinada, con el propósito de mejorar sustancialmente su esperanza o sus condiciones de vida, garantizándose el anonimato del receptor.*
- e) Si el donante fuese una persona con discapacidad que cumpla los requisitos previstos en los apartados anteriores, la información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que le resulten accesibles y comprensibles a su tipo de discapacidad.»*

Comentario

Este artículo regula los requisitos para la obtención de órganos procedentes de donantes vivos. Ahora bien, en el inciso b) se señala que es requisito indispensable, además del requisito previsto en el inciso a) -que señala que deberá ser mayor de edad-, que el donante goce de plenas facultades mentales. Esta exigencia de gozar de plenas capacidades mentales resultaría innecesaria y puede resultar discriminatoria contra las personas con discapacidad, muchas ellas bajo el estigma de tener disminuida sus facultades mentales. En tal sentido, dicho artículo contraviene la Convención. Además el inciso c) exige la manifestación por escrito del consentimiento y aunque el inciso e), introducido por la reciente Ley de adaptación normativa a la Convención, se refiere a las personas con discapacidad y las exigencias de accesibilidad no incluye la referencia expresa a los apoyos.

Propuesta

| Modificación de la redacción del precepto

Texto de la norma

La obtención de órganos procedentes de un donante vivo, para su ulterior injerto o implantación en otra persona, podrá realizarse si se cumplen los siguientes requisitos:

- a) *Que el donante sea mayor de edad.*
- b) *Que el donante esté plenamente informado de las consecuencias de su decisión. Esta información se referirá a las consecuencias previsibles de orden somático, psíquico y psicológico, a las eventuales repercusiones que la donación pueda tener sobre su vida personal, familiar y profesional, así como a los beneficios que con el trasplante se espera haya de conseguir el receptor*
- c) *Que el donante otorgue su consentimiento a través de algún medio comprensible, archivable y documentable ante la autoridad pública que reglamentariamente se determine, tras las explicaciones del médico que ha de efectuar la extracción, obligado éste también a firmar el documento de cesión del órgano. En ningún caso podrá efectuarse la extracción sin la firma previa de este documento.*
- d) *Que el destino del órgano extraído sea su trasplante a una persona determinada, con el propósito de mejorar sustancialmente su esperanza o sus condiciones de vida, garantizándose el anonimato del receptor.*
- e) *La información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que le resulten accesibles y comprensibles para todas las personas incluidas las personas con discapacidad.*
- f) *Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de los apoyos necesarios para otorgar el consentimiento. La persona que cuente con plan personalizado de apoyos para el ejercicio de la capacidad deberá adecuar las decisiones relacionadas con la donación de sus órganos a lo establecido en dicho plan. Estas decisiones deberán, en todo caso, ser puestas en conocimiento del Ministerio Fiscal quien deberá comprobar el efectivo y adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo de acuerdo a lo dispuesto en el arts. 200 y ss. del Código civil. De las personas que se encuentren en una situación que les impide conformar o expresar su voluntad por ningún medio no se podrá obtener ningún tipo de órgano.*

.- NORMA: Ley 30/1979 de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos.

Art. 6.

Contenido

El responsable de la unidad médica en que haya de realizarse el trasplante solo podrá dar su conformidad si se cumplen los siguientes requisitos:

- a) *Que el receptor sea plenamente consciente del tipo de intervención que va a efectuarse, conociendo los posibles riesgos y las previsibles ventajas que, tanto física como psíquicamente, puedan derivarse del trasplante.*
- b) *Que el receptor sea informado de que se han efectuado en los casos precisos los necesarios estudios inmunológicos de histocompatibilidad u otros que sean procedentes, entre donante y futuro receptor, efectuados por un laboratorio acreditado por el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. La información deberá efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad.*
- c) *Que el receptor exprese por escrito u otro medio adecuado a su discapacidad, su consentimiento para la realización del trasplante cuando se*

trate de un adulto jurídicamente responsable de sus actos, o por sus representantes legales, padres o tutores, si estuviera incapacitado o en caso de menores de edad. En el caso de que el receptor sea una persona con discapacidad, deberán tenerse en cuenta las circunstancias personales del individuo, su capacidad para tomar dicha decisión en concreto y contemplarse la prestación de apoyo para la toma de estas decisiones. Tratándose de personas con discapacidad con necesidades de apoyo para la toma de decisiones, se estará a la libre determinación de la persona una vez haya dispuesto de los apoyos y asistencias adecuados a sus concretas circunstancias.”

Comentario

Este artículo, reformado también por la Ley de adaptación normativa a la Convención, si bien incluye la adopción de medidas de apoyo para la prestación del consentimiento, continúa haciendo referencia a la figura del incapaz y considera que en este caso el consentimiento debe ser prestado por sus representantes legales. Además la adopción de medidas de apoyo y de accesibilidad no debería referirse únicamente a las personas con discapacidad.

Propuesta

Modificación del precepto.

Texto de la norma

El responsable de la unidad médica en que haya de realizarse el trasplante solo podrá dar su conformidad si se cumplen los siguientes requisitos:

a) Que el receptor sea plenamente consciente del tipo de intervención que va a efectuarse, conociendo los posibles riesgos y las previsibles ventajas que, tanto física como psíquicamente, puedan derivarse del trasplante.

b) Que el receptor sea informado de que se han efectuado en los casos precisos los necesarios estudios inmunológicos de histocompatibilidad u otros que sean procedentes, entre donante y futuro receptor, efectuados por un laboratorio acreditado por el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. La información deberá efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles para todas las personas, incluidas las personas con discapacidad.

c) Que el receptor exprese por escrito u otro medio comprensible, archivable y documentable, su consentimiento para la realización del trasplante.

d) Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de los apoyos necesarios para otorgar el consentimiento. El consentimiento otorgado por una persona que cuenta con un plan personalizado de apoyo, deberá realizarse conforme a lo establecido en dicho plan. En el caso de personas que precisen apoyo el consentimiento deberá ser puesto en conocimiento del Ministerio Fiscal que deberá comprobar el adecuado y efectivo funcionamiento de las medidas de apoyo de conformidad con lo establecido en el art. 215 del Código civil.

e) En el caso de los menores de edad el consentimiento será otorgado por sus padres o representantes legales.»

.- NORMA. *Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. Arts. 2,2 y 3.*

Contenido

.- Art. 2.2:

“No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso”

.- Art. 3.

“1. El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.

2. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez”.

Comentario

El legislador apuesta por una medida de sustitución mediante representación legal en los supuestos de prestación de consentimiento expreso cuando el titular de tales derechos es una persona “incapacitada”.

El presente artículo restringe el ejercicio de este derecho a través de la representación. Esto es contrario a los artículos 2, 5 y 12 de la Convención.

En dichos supuestos sería conveniente tener también en cuenta la decisión del titular adoptando medidas de salvaguardas de apoyo adecuadas a la protección de su beneficio e interés para proteger su esfera íntima y personalísima.

Propuesta

Modificar la norma dando entrada al procedimiento de apoyos.

Modificar la forma de otorgar el consentimiento. La expresión “por escrito” reduciría a una parte del colectivo de las personas con discapacidad. Por tanto para incluirlas a todas habrá que decir “que el consentimiento se podrá otorgar a través de cualquier medio de comunicación comprensible por el cual se exprese inequívocamente la voluntad”, de conformidad con el art.21.

Texto de la norma

Art. 2.2:

“No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso por cualquier medio.”

Art. 3.

“1. El consentimiento de los menores deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.

2. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito o por un medio comprensible, archivable y documentable por su representante legal quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez”.

3. Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y a la prestación de los apoyos que se consideren necesarios para expresar su

consentimiento. El consentimiento otorgado por personas que cuentan con un plan personalizado de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica de conformidad con las previsiones contenidas en dicho plan debe considerarse plenamente válido. Este consentimiento deberá ser puesto en conocimiento del Ministerio Fiscal quien deberá comprobar el efectivo y adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo de acuerdo con lo previsto en el art. 215 del Código civil.

.- NORMA. *Ley 13/1982 de 7 de abril de Integración Social de los Minusválidos. Art. 7.1.*

Contenido

Se considera minusválido

“toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidos como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales”

Comentario

Este artículo define la minusvalía como un problema de la persona para integrarse en la sociedad. La Convención, en su artículo 3 -en concordancia con el artículo 12 que versa sobre la capacidad jurídica- aboga por el reconocimiento de la autonomía individual y la dignidad inherente, al tiempo que concibe a la discapacidad como un fenómeno complejo en el que interactúan diversos factores. En ese sentido, dicho enunciado resulta totalmente contrario a la Convención, no sólo por una cuestión terminológica, sino porque presupone que una persona con discapacidad es una persona con capacidades deficientes.

Es de anotar, que mediante la Disposición Adicional Octava de la Ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, se dispuso que “Las referencias que en los textos normativos se efectúan a «minusválidos» y a «personas con minusvalía», se entenderán realizadas a «personas con discapacidad»”, en atención a las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud (O.M.S), que en su revisión de la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CIF-2001) optó por acoger este último, como expresión genérica que circunscribe no solamente un déficit, sino también limitaciones en la actividad y restricciones en la participación. En virtud de lo anterior, la decisión de efectuar una adecuación terminológica y conceptual quedó plasmada, p ej. en el Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre, que trata sobre el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad -que a su vez modificó el Real Decreto 1971/1999-, mediante el cual se efectúa la conversión del término «minusvalía» al término «discapacidad».

Propuesta

Adequar la norma a la concepción que sobre la discapacidad maneja la Convención. La utilización de grados sólo tendrá sentido en aquellas normas que hacen referencia concreta a prestaciones y deberá hacerse según el sentido de éstas.

Texto de la norma

“Son personas con discapacidad aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su

participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”

.- NORMA. Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. Art. 3.

Contenido

“1. Carecen de derecho de sufragio:

- g. Los condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento.*
- h. Los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.*
- i. Los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que dure su internamiento siempre que en la autorización el juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.*

2. A los efectos previstos en este artículo, los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento deberán pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio.

En el supuesto de que esta sea apreciada, lo comunicarán al Registro Civil para que se proceda a la anotación correspondiente”.

Comentario

Hay una cuestión relativa a los términos. El término “incapacitado” no es conforme al modelo social de la discapacidad ni al modelo de la diversidad que promueve la Convención.

La limitación del derecho de sufragio a una persona con discapacidad no cabe de manera general y deberá, en ciertos casos arbitrarse un sistema de apoyos. Sólo en casos excepcionales podrá privarse a la persona de este derecho si bien debe extremarse la carga argumentativa del juez. En sus Observaciones Finales sobre el Informe presentado por el gobierno español en cumplimiento del art. 35 de la Convención, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha mostrado su preocupación porque “se pueda restringir el derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial si la persona interesada ha sido privada de su capacidad jurídica o ha sido internada en una institución. Le inquieta además que la privación de ese derecho parezca ser la regla y no la excepción. El Comité lamenta la falta de información sobre el rigor de las normas en materia de prueba, sobre los motivos requeridos y sobre los criterios aplicados por los jueces para privar a las personas de su derecho de voto. El Comité observa con preocupación el número de personas con discapacidad a las que se ha denegado el derecho de voto”. En este sentido, el “Comité recomienda que se revise toda la legislación pertinente para que todas las personas con discapacidad, independientemente de su deficiencia, de su condición jurídica o de su lugar de residencia, tengan derecho a votar y a participar en la vida pública en pie de igualdad con los demás. El Comité pide al Estado parte que modifique el artículo 3 de la Ley orgánica Nº 5/1985, que autoriza a los jueces a denegar el derecho de voto en virtud de decisiones adoptadas en cada caso particular. La modificación debe hacer que todas las personas con discapacidad tengan derecho a votar. Además, se recomienda que todas las personas con discapacidad que sean elegidas para desempeñar un cargo público dispongan de toda la asistencia necesaria, incluso asistentes personales”

Propuesta

Suprimir el término “incapacitado”.

Adaptar el precepto al sistema de apoyos.

Afianzar lo relativo al plus de motivación que debe exigírsele al juez en estos casos.

Texto de la norma

“1. Carecen de derecho de sufragio:

e. Los condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento.

f. Los ingresados en un centro de salud mental con autorización judicial, durante el periodo que dure su internamiento siempre que en la autorización el juez declare expresamente la privación del ejercicio del derecho de sufragio. Solamente podrá declararse esta privación cuando la persona no pueda conformar o expresar por ningún medio su voluntad. Esta declaración deberá ser motivada atendiendo a la situación particular de la persona.

9. Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de los apoyos necesarios para el ejercicio del derecho de sufragio. El establecimiento de un plan personalizado de apoyos a través del procedimiento regulado en los arts. 757 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil no supondrá la privación del derecho de sufragio.

10. Únicamente en aquellos casos en los que la persona se encuentre en una situación en la que no pueda conformar o expresar por ningún medio su voluntad y preferencias el juez podrá privar a la persona del ejercicio de derecho de sufragio. En todo caso, tal privación deberá ser motivada atendiendo a la situación particular de la persona. En el supuesto de que esta sea apreciada, lo comunicarán al Registro Civil para que se proceda a la anotación correspondiente”.

.- NORMA: Ley orgánica de libertad sindical 11/1985. Artículo 1, numerales 1 y 2

Contenido

“1. Todos los trabajadores tienen derecho a sindicarse libremente para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales.

2. A los efectos de esta Ley, se consideran trabajadores tanto aquellos que sean sujetos de una relación laboral como aquellos que lo sean de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones Públicas”

Comentario

Los numerales 1 y 2 del artículo 1 de la Ley orgánica, reconocen el ejercicio de la libertad sindical, esto es, el derecho a sindicarse o no sindicarse, de todos los trabajadores para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales. Acto seguido, la ley entiende con la expresión “trabajadores” tanto aquellos que sean sujetos de una relación laboral como aquellos que lo sean de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones Públicas (art. 4.1, literal c).

Sin embargo, en interpretación sistemática con la parte final art. 7, literal b, solo pueden asociarse las personas que hayan creado vínculo laboral y que sean plenamente

“capaces”. Es decir, en nuestra interpretación de los dos enunciados, para que la persona que ha sido incapacitada pueda asociarse, debe estar previamente autorizada para celebrar el contrato laboral, en virtud de la conexión material para el ejercicio de derechos y deberes anunciada en el punto anterior.

Propuesta

Aunque el artículo de la ley orgánica de libertad sindical no hace una expresa alusión al régimen de capacidad para asociarse, si consideramos necesario que:

En primer lugar, se reconozca expresamente la plena capacidad de las personas con discapacidad para el ejercicio o no ejercicio de la libertad sindical.

En segundo, se adecúe el articulado a los términos de la Convención en el entendido que establezca mecanismos de apoyo suficientes para el ejercicio de derechos y deberes derivados de las relaciones sindicales.

Texto de la norma

1. *Las personas con discapacidad tienen derecho a la libertad sindical en igualdad de condiciones. Para garantizar este derecho se cumplirán las exigencias de accesibilidad y se establecerán los ajustes razonables que resulten necesarios.*
2. *Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y a la prestación de las medidas de apoyo que puedan necesitar para el ejercicio de este derecho.*

.- NORMA. Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Art. 9.

Contenido

Los poderes públicos deberán informar a los usuarios de los servicios del sistema sanitario público, o vinculados a él, de sus derechos y deberes.

Comentario

Pese a que el artículo no hace alusión expresa a la capacidad, el acceso a la información es uno de los instrumentos adecuados para el disfrute general de los derechos que tengan que ver con la salud, intimidad, etc. Por lo tanto, una interpretación sistemática del artículo 9º junto con el artículo 3º de la Convención -que trata de la prohibición de la discriminación por el hecho de la discapacidad-, permite concluir que el precepto en mención carece del requisito de la accesibilidad de la información que se va a suministrar, lo que conlleva a la necesidad de adecuar el mismo a los términos convencionales.

Propuesta

Modificación de la norma con el fin de que se establezca que dicha información deberá ser accesible y ser facilitada en términos comprensibles para el destinatario.

Texto de la norma

“Los poderes públicos deberán informar a los usuarios de los servicios del sistema sanitario público, o vinculados a él, de sus derechos y deberes. La información deberá facilitarse en formatos accesibles y se establecerán los ajustes razonables necesarios para facilitar su comprensión. Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso,

reconocimiento y a la prestación de las medidas de apoyo que puedan necesitar para comprender la información facilitada.”

.- NORMA: Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Artículos 10 y 11.

Contenido

Artículo 10. Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias:

1. Al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que pueda ser discriminado por su origen racial o étnico, por razón de género y orientación sexual, de discapacidad o de cualquier otra circunstancia personal o social.

2. A la información sobre los servicios sanitarios a que puede acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso. La información deberá efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad....

4. A ser advertido de si los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación, que, en ningún caso, podrá comportar peligro adicional para su salud. En todo caso será imprescindible la previa autorización y por escrito del paciente y la aceptación por parte del médico y de la Dirección del correspondiente Centro Sanitario.

5. A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.

6. A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos:

(...)

b) Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas.

(...)

11. A que quede constancia por escrito de todo su proceso. Al finalizar la estancia del usuario en una Institución hospitalaria, el paciente, familiar o persona a él allegada recibirá su Informe de Alta.

12. A utilizar las vías de reclamación y de propuesta de sugerencias en los plazos previstos. En uno u otro caso deberá recibir respuesta por escrito en los plazos que reglamentariamente se establezcan.

(...)

Artículo 11. Serán obligaciones de los ciudadanos con las instituciones y organismos del sistema sanitario:

(...)

4. Firmar el documento de alta voluntaria en los casos de no aceptación del tratamiento. De negarse a ello, la Dirección del correspondiente Centro Sanitario, a propuesta del facultativo encargado del caso, podrá dar el alta.

Comentario

Los apartados 1 y 2 del art. 10 se han modificado recientemente por la Ley de adaptación normativa a la Convención. Sin embargo, resulta necesario introducir otras

reformas en este precepto. En este sentido, es imprescindible la referencia expresa a los apoyos. Además, este artículo señala que en los casos de procedimiento de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos, estos pueden ser utilizados en función de un proyecto docente de investigación. Sin embargo, en este caso, es necesaria la autorización previa, y por escrito. Siendo esto así, parecería que este artículo restringe la forma de aceptación a la vía escrita, por lo que se le impide a muchas personas con discapacidad poder expresar su consentimiento por otra vía y, por tanto, acceder a este tipo de procedimientos. Por tal motivo, el artículo es incompatible con la Convención. También debe modificarse en este sentido el art. 11 apartado 4.

Propuesta

Modificación de los preceptos.

Texto de la norma

“Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias:

1. Al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que pueda ser discriminado por su origen racial o étnico, por razón de género y orientación sexual, de discapacidad o de cualquier otra circunstancia personal o social.

2. A la información sobre los servicios sanitarios a que puede acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso. La información deberá efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles para todas las personas, incluidas las personas con discapacidad.

4. A ser advertido de si los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente de investigación, que, en ningún caso, podrá comportar peligro adicional para su salud. En todo caso será imprescindible la previa autorización, a través de cualquier medio de comunicación comprensible, archivable y documentable, del paciente y la aceptación por parte del médico y de la dirección del correspondiente centro sanitario”.

5. A que se le dé en términos comprensibles y de forma accesible en el formato adecuado, a él y a sus familiares o allegados, entre los que se incluyen a las personas que ejerzan la función de apoyo, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.

5’. Al reconocimiento, uso y prestación de los apoyos y medidas necesarias en el proceso de toma de decisión.

6. A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito o por cualquier medio comprensible, archivable y documentable que permita conocer la voluntad inequívoca del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos:

(...)

b) Cuando su situación clínica le impida tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas.

(...)

11. A que quede constancia por escrito o en un formato accesible de todo su proceso. Al finalizar la estancia del usuario en una Institución hospitalaria, el paciente, familiar o persona a él allegada recibirá su Informe de Alta en un

formato accesible.

12. A utilizar las vías de reclamación y de propuesta de sugerencias en los plazos previstos. En uno u otro caso deberá recibir respuesta por escrito o en un formato accesible en los plazos que reglamentariamente se establezcan.

(...)

Artículo 11. Serán obligaciones de los ciudadanos con las instituciones y organismos del sistema sanitario:

(...)

4. Firmar por cualquier medio que sea comprensible, archivable y documentable y que permita conocer la voluntad inequívoca el documento de alta voluntaria en los casos de no aceptación del tratamiento. De negarse a ello, la Dirección del correspondiente Centro Sanitario, a propuesta del facultativo encargado del caso, podrá dar el alta

NORMA: Ley de Procedimiento Laboral de 1990. Art. 16

Contenido

1. Podrán comparecer en juicio en defensa de sus derechos e intereses legítimos quienes se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles
2. Tendrán capacidad procesal los trabajadores mayores de dieciséis años y menores de dieciocho respecto de los derechos e intereses legítimos derivados de sus contratos de trabajo y de la relación de Seguridad Social cuando legalmente no precisen para la celebración de dichos contratos autorización de sus padres, tutores o de la persona o institución que los tenga a su cargo, o hubieran obtenido autorización para contratar de sus padres, tutores o persona o institución que los tenga a su cargo conforme a la legislación laboral o la legislación civil o mercantil respectivamente. Igualmente tendrán capacidad procesal los trabajadores autónomos económicamente dependientes mayores de dieciséis años.
3. En los supuestos previstos en el apartado anterior, los trabajadores mayores de dieciséis años y menores de dieciocho tendrán igualmente capacidad procesal respecto de los derechos de naturaleza sindical y de representación.
4. Por quienes no se hallaren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles comparecerán sus representantes legítimos o los que deban suplir su incapacidad conforme a Derecho
5. Por las personas jurídicas comparecerán quienes legalmente las representen.
Por las comunidades de bienes y grupos comparecerán quienes aparezcan como organizadores, directores o gestores de los mismos.

Comentario

Se enfrenta al art. 12 de la Convención al contemplar el supuesto de la incapacidad. La referencia a la las personas que se “encuentran en pleno ejercicio de los derechos civiles” remite a los requisitos de capacidad contemplados en el Código civil y, en concreto, a lo señalado en los artículos 322 y 323 por lo que se restringe la capacidad procesal de las personas incapacitadas.

Propuesta

Implementar la plena capacidad y un sistema de apoyos.

Texto de la norma

“1. Podrán comparecer en juicio en defensa de sus derechos e intereses legítimos las personas mayores de edad. 2. Tendrán capacidad procesal los trabajadores mayores de dieciséis años y menores de dieciocho respecto de los derechos e intereses legítimos derivados de sus contratos de trabajo y de la relación de Seguridad Social cuando legalmente no precisen para la celebración de dichos contratos autorización de sus padres, tutores o de la persona o institución que los tenga a su cargo, o hubieran obtenido autorización para contratar de sus padres, tutores o persona o institución que los tenga a su cargo conforme a la legislación laboral o la legislación civil o mercantil respectivamente. Igualmente tendrán capacidad procesal los trabajadores autónomos económicamente dependientes mayores de dieciséis años.

3. En los supuestos previstos en el apartado anterior, los trabajadores mayores de dieciséis años y menores de dieciocho tendrán igualmente capacidad procesal respecto de los derechos de naturaleza sindical y de representación.

Por los trabajadores mayores de dieciséis años y menores de dieciocho que no se encuentren en la situación descrita en los anteriores apartados comparecerán sus representantes legítimos. 4. Los trabajadores que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y a la prestación de las medidas de apoyo que resulten necesarias para ejercer su capacidad procesal. Los trabajadores que cuentan con un plan personalizado de medidas de apoyo, y actúen conforme a él, tienen plena capacidad procesal ante el orden jurisdiccional laboral.

6. Por las personas jurídicas comparecerán quienes legalmente las representen. Por las comunidades de bienes y grupos comparecerán quienes aparezcan como organizadores, directores o gestores de los mismos.”

.- NORMA: Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Art. 4.2

Contenido

“Derechos laborales.

2. En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho:

- i. A la ocupación efectiva.
- j. A la promoción y formación profesional en el trabajo, así como al desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a favorecer su mayor empleabilidad.
- k. A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta Ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español.

Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.

- l. A su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene.

- m. Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial

o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.

n. A la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida.

o. Al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo.

p. A cuantos otros se deriven específicamente del contrato de trabajo”.

Comentario

Los Derechos laborales contenidos en el artículo 4.2 del Estatuto de los Trabajadores, donde se resalta el derecho de las personas a no ser discriminadas por razón de discapacidad- supeditado a la aptitud y capacidad para la realización de la prestación laboral objeto del contrato- constituyen derechos de los que goza el trabajador que ha podido realizar el contrato laboral. Es decir, para aquella persona que ha cumplido con los parámetros que en la evaluación de ingreso se presentaron en cuanto a la capacidad de obrar. Estos derechos afectarían a aquellas personas que siendo ya trabajadores empleados, tendrán una especial protección por razón de discapacidad, pero en todo caso esta protección especial ha de formar parte de las políticas públicas.

A su vez, siguiendo un modelo que pone el énfasis en lo individual como causa del problema, se elige detallar quienes no podrán realizar una tarea (en base a su deficiencia/enfermedad/ etc.) en lugar de enunciar que “estarán aseguradas todas las condiciones ambientales para que la persona pueda desarrollar al máximo su capacidad”, poniendo de esta manera el énfasis, en el ambiente/ contexto del individuo.

Es un enunciado discriminatorio, hacia las personas con discapacidad, y en clara oposición a la Convención. La Convención parte de la base de la plena capacidad si bien en los casos necesarios se deban adoptar medidas de salvaguarda, de apoyo o complemento no sustitutivo adecuados en cada caso, partiendo del principio general de igualdad de condiciones frente a los demás.

Propuesta

Habría que suprimir el párrafo “hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate” En efecto, resultaría innecesario que se señale aquella condición pues la aptitud para desempeñar un trabajo no dependerá solo de la persona con discapacidad sino de la falta de medios necesarios para que esa persona pueda desempeñar tal función. En tal sentido, esta norma sería claramente contraria a la Convención, apoyándose en la particularidad individual y no poniendo el énfasis en el medio.

Además, el artículo parte de un supuesto totalmente desatinado toda vez que indirectamente concibe que una persona que no tenga aptitud para desempeñar un determinado cargo o para desarrollar una labor podría quedar expuesta a situaciones “justificadas” de discriminación.

En los casos en que no se contara con los medios suficientes para poder desarrollar una determinada labor deberían de adaptarse los mecanismos, lo que se denomina ajustes razonables, para poder realmente tener igualdad en acceso a esos puestos de trabajo (acceso universal).

En síntesis, se debería enunciar que se “asegurarán todas las condiciones de infraestructura para que la persona pueda desarrollar la tarea”, en lugar de determinar (discriminatoriamente) quienes, por una limitación determinada, no podrán llevarla a cabo.

Texto de la norma

“Derechos laborales.

2. En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho:

j. A la ocupación efectiva.

k. A la promoción y formación profesional en el trabajo, así como al desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a favorecer su mayor empleabilidad.

l. A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta Ley, origen racial o étnico, discapacidad, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español.

m. A su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene.

n. Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.

o. A la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida.

p. Al cumplimiento de las exigencias de accesibilidad universal, a la realización de ajustes razonables y al uso de medidas de apoyo para el desempeño de su trabajo y el ejercicio de sus derechos en el ámbito laboral

q. Al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo.

r. A cuantos otros se deriven específicamente del contrato de trabajo”.

.- NORMA: *Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Art. 7:*

Contenido

“Capacidad para contratar.

Podrán contratar la prestación de su trabajo:

d. Quienes tengan plena capacidad de obrar conforme a lo dispuesto en el [Código Civil](#).

e. Los menores de dieciocho y mayores de dieciséis años, que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores, o con autorización de la persona o institución que les tenga a su cargo.

Si el representante legal de una persona de capacidad limitada la autoriza expresa o tácitamente para realizar un trabajo, queda ésta también autorizada para ejercitar los derechos y cumplir los deberes que se derivan de su contrato y para su cesación.

f. Los extranjeros, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia”.

Comentario

El legislador ha optado por distinguir entre personas con plena capacidad de obrar y personas que no tienen plena capacidad de obrar para ejercer el derecho a realizar contratos laborales, distinción que no coincide con el paradigma de la presunción de la plena capacidad que poseen las personas con discapacidad en el artículo 12 de la Convención

Propuesta

Reconocer la plena capacidad a las personas con discapacidad para la realización de los actos jurídicos mencionados, de conformidad al Art.12 de la Convención. Admitir la implementación del modelo de apoyo de las decisiones.

Texto de la norma

“Capacidad para contratar.

Podrán contratar la prestación de su trabajo:

e. Las personas mayores de dieciocho años.

f. Los menores de dieciocho y mayores de dieciséis años, que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores, o con autorización de la persona o institución que les tenga a su cargo.

g. Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y a la prestación de las medidas de apoyo que puedan necesitar para realizar un contrato de trabajo. Los contratos de trabajo realizados por una persona que cuenta con un plan personalizado de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica de conformidad con las previsiones contenidas en dicho plan deben considerarse plenamente válidos La autoridad laboral y, en su caso, los representantes sindicales, supervisarán los contratos suscritos por la personas que precisan de apoyos para la toma de decisiones para garantizar que éstos han sido efectivos.

h. Los extranjeros, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia”.

.- NORMA. *Ley 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado. Art. 8*

Contenido

Son requisitos para ser jurado:

6. Ser español mayor de edad.

7. Encontrarse en el pleno ejercicio de sus derechos políticos.

8. Saber leer y escribir.

9. Ser vecino, al tiempo de la designación, de cualquiera de los municipios de la provincia en que el delito se hubiere cometido.

10. No estar impedido física, psíquica o sensorialmente para el desempeño de la función de Jurado.

Comentario

La normatividad regula los requisitos para ser jurado, entre ellos, ser español mayor de edad, ejercer plenamente los derechos políticos, saber leer y escribir (art. 8.3), ser vecino de cualquiera de los municipios en que el delito se hubiere cometido y, finalmente, no estar impedido física, psíquica o sensorialmente para el desempeño de la función de jurado (art. 8.5).

Los párrafos 3 y 5 pueden presentarse como supuestos de discriminación por motivos de discapacidad, conforme a lo dispuesto por la Convención en su artículo 2. Por una parte, leer y escribir para las personas con discapacidad puede suponer un problema si el artículo solo considerase (no lo especifica) la lectura y escritura en tinta. Por otra parte, el párrafo 5 utiliza el término impedido que, si bien no tiene por qué referirse necesariamente a las personas con discapacidad, sí que puede hacerlo, supuesto que, al estar motivado en la discapacidad, se enmarca en el supuesto de discriminación por discapacidad de la Convención.

Propuesta

Sustituir el texto del párrafo tercero por uno en cuya redacción se incluya lo que la Convención entiende por lenguaje y comunicación (braille, lengua de señas, el uso de amplificadores de texto, etc.).

Modificar la redacción del párrafo 5 y señalar que las personas con discapacidad contarán con los apoyos necesarios para el acceso al ejercicio de este derecho en igualdad de condiciones.

Establecer que las administraciones públicas competentes provean los medios de apoyo necesarios a los tribunales de justicia para que las personas con discapacidad puedan ejercer su derecho a ser jurado.

Texto de la norma

Son requisitos para ser jurado:

18. Ser español mayor de edad.

19. Encontrarse en el pleno ejercicio de sus derechos políticos.

20. Poder conformar y expresar la voluntad por cualquier medio.

21. Ser vecino, al tiempo de la designación, de cualquiera de los municipios de la provincia en que el delito se hubiere cometido.

22. Las personas con discapacidad tendrán derecho al cumplimiento de las medidas de accesibilidad y a la realización de los ajustes razonables que resulten necesarios para garantizar el ejercicio de la función de jurado en igualdad de condiciones.

Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y a la prestación de las medidas de apoyo que resulten necesarias para el ejercicio de la función de jurado. Las personas que cuentan con un plan personalizado de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica pueden desempeñar la función de jurado de conformidad con las previsiones contenidas en dicho plan.

.- NORMA. Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil. Art 6.

Contenido

1. Podrán ser parte en los procesos ante los tribunales civiles:

9. Las personas físicas.

10. El concebido no nacido, para todos los efectos que le sean favorables.

11. Las personas jurídicas.

12. Las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración.

13. *Las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte.*
 14. *El Ministerio Fiscal, respecto de los procesos en que, conforme a la ley, haya de intervenir como parte.*
 15. *Los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables. Para demandar en juicio será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados.*
 16. *Las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.*
2. *Sin perjuicio de la responsabilidad que, conforme a la ley, pueda corresponder a los gestores o a los partícipes, podrán ser demandadas, en todo caso, las entidades que, no habiendo cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado.*

Comentario

De acuerdo a lo estipulado por la LEC, la capacidad para ser parte es un concepto mucho más amplio que el conformado por el CC, pues, reconoce el derecho a pedir la tutela judicial efectiva ante los tribunales civiles a las personas, grupos, o sujetos diferentes a la persona física individualmente considerada. No obstante, en interpretación sistemática con los artículos 7 y 8 de la LEC, el legislador procesal hace una diferenciación entre la capacidad para ser parte y la capacidad para comparecer en el juicio, desde la perspectiva civilista de separación entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar. Aunque la norma aislada no infringe directamente la Convención, en la interpretación sistemática de este artículo con las otras disposiciones civiles y procesales puede sobrellevar un caso de discriminación de estas personas.

Propuesta

Se hace necesaria la adición de un párrafo al artículo 6º de la Ley de Enjuiciamiento Civil que advierta el reconocimiento de la plena capacidad de estas personas susceptibles de vulneración o simplemente dejar intacto el precepto porque las disposiciones civiles deben ser cambiadas en cuanto a la incapacitación judicial.

Texto de la norma

Las personas con discapacidad tendrán derecho al cumplimiento de las exigencias de accesibilidad y a la realización de los ajustes razonables que resulten necesarios para garantizar su capacidad para ser parte en los procesos ante los tribunales civiles. Las personas que lo precisen tendrán derecho al reconocimiento y a la prestación de las medidas de apoyo que se consideren necesarias para poder ser parte. Las personas que cuentan con un plan personalizado de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica tienen plena capacidad para ser parte.

En todo caso, el juez interviniente en el proceso y el Ministerio Fiscal deben comprobar el efectivo y adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo de acuerdo con lo previsto en el art. 215 del Código civil.

.- NORMA. Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil. Art 7.

Contenido

- 1. Sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.*
- 2. Las personas físicas que no se hallen en el caso del apartado anterior habrán de comparecer mediante la representación o con la asistencia, la autorización, la habilitación o el defensor exigidos por la ley.*

Comentario

El artículo citado establece cuáles son los sujetos que tienen capacidad procesal para realizar válidamente actos procesales o para comparecer en el juicio, que corresponde enteramente con el régimen de capacidad de obrar regulado por las disposiciones del Código Civil.

El legislador ha optado por remitirse a las premisas establecidas en el CC sobre la capacidad de obrar. Esta división entre capacidad jurídica y de obrar no coincide con el nuevo paradigma establecido en el artículo 12 de la Convención. En lo que respecta a la posibilidad de las personas con discapacidad (declarada previamente por sentencia) a realizar válidamente actos procesales se remite a las medidas de sustitución (tutor, representante) o de asistencia (curador), medidas determinadas previamente en el proceso judicial oportuno. El acto de la comparecencia ha de realizarse por la persona con discapacidad acompañado de la persona física o jurídica que le represente en su sustitución (tutor) o le apoye (curador). Desde la visión del artículo 12, se considera necesario que el legislador partiendo de la presunción de capacidad jurídica de las personas con discapacidad, prevea la provisión a las personas con discapacidad de los apoyos que les permitan acceder al ejercicio de esa capacidad en igualdad de condiciones con las demás personas.

Propuesta

Suprimir la referencia al “pleno ejercicio de los derechos civiles” en tanto supone la exclusión de las personas incapacitadas. Añadir una redacción que señale que las personas con discapacidad contarán con los apoyos que les permitan acceder al ejercicio de su capacidad jurídica para comparecer en juicio en igualdad de condiciones.

Texto de la norma

- 1. Podrán comparecer en juicio las personas mayores de edad.*
- 2. Los menores de edad habrán de comparecer mediante la representación legal exigida por la ley.*
- 3. Para garantizar a las personas con discapacidad su comparecencia en juicio en igualdad de condiciones deberán cumplirse las exigencias de accesibilidad y se realizarán los ajustes razonables necesarios en cada caso.*
- 4. Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y a la prestación de las medidas de apoyo que resulten necesarias para comparecer en juicio. Las personas que cuentan con un plan personalizado de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica tienen plena capacidad para comparecer en juicio. En todo caso, el juez interviniente en el proceso y el Ministerio Fiscal deben comprobar el efectivo y adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo de acuerdo con lo previsto en el art. xxx y ss. del Código civil.*

.- NORMA. Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil. Art 8.

Contenido

1. Cuando la persona física se encuentre en el caso del apartado segundo del [artículo anterior](#) y no hubiere persona que legalmente la represente o asista para comparecer en juicio, el tribunal le nombrará, mediante providencia, un defensor judicial, que asumirá su representación y defensa hasta que se designe a aquella persona.

2. En el caso a que se refiere el apartado anterior y en los demás en que haya de nombrarse un defensor judicial al demandado, el Ministerio Fiscal asumirá la representación y defensa de éste hasta que se produzca el nombramiento de aquel.

En todo caso, el proceso quedará en suspenso mientras no conste la intervención del Ministerio Fiscal.

Comentario

El artículo parte de la no presunción de la capacidad jurídica de ciertas persona, supuesto contrario al artículo 12 de la Convención.

Propuesta

Añadir una redacción que señale que las personas con discapacidad contarán con los apoyos que les permitan acceder al ejercicio de su capacidad jurídica para comparecer en juicio en igualdad de condiciones.

Implementar y fortalecer medidas de control de la asistencia personal a fin de evitar la influencia indebida en las decisiones de las personas con discapacidad.

Texto de la norma

1. Cuando la persona física se encuentre en el caso del apartado segundo del [artículo anterior](#) y no hubiere persona que legalmente la represente o asista para comparecer en juicio, el tribunal le nombrará, mediante providencia, un defensor judicial, que asumirá su representación y defensa hasta que se designe a aquella persona.

2. En el caso a que se refiere el apartado anterior y en los demás en que haya de nombrarse un defensor judicial al demandado, el Ministerio Fiscal asumirá la representación y defensa de éste hasta que se produzca el nombramiento de aquel.

En todo caso, el proceso quedará en suspenso mientras no conste la intervención del Ministerio Fiscal.

3. Cuando la persona física se encuentre en el caso del apartado tercero del artículo anterior y no cuente con los mecanismos de apoyo adecuados el tribunal está obligado a proporcionarle dichos apoyos.

.- NORMA. Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil. Art 9.

Contenido

La falta de capacidad para ser parte y de capacidad procesal podrá ser apreciada de oficio por el tribunal en cualquier momento del proceso.

Comentario

El precepto impone al juzgador la apreciación de la falta de capacidad para ser parte y de capacidad procesal, en cualquier momento del proceso, por ser un presupuesto insustituible para la validez de los actos que conforman el trámite judicial.

El artículo citado reitera las disposiciones que regulan el régimen de capacidad para ser parte y de capacidad procesal que se identifica con el sistema de capacidad regulado por el Derecho Civil.

El legislador no coincide con el nuevo paradigma del artículo 12 de la Convención sobre la presunción de capacidad plena de las personas con discapacidad estableciendo imposiciones al juzgador para apreciar la falta de capacidad de obrar de la persona para ser parte durante el proceso, reenviándole al procedimiento de declaración de incapacidad establecido en el Código civil.

Propuesta

Añadir una redacción que señale que tratándose de personas con discapacidad su capacidad jurídica no se determinará de hecho por su condición de discapacidad.

El juez puede de oficio apreciar la necesidad de complementar la capacidad procesal estableciendo apoyos

Texto de la norma

“La falta de capacidad para ser parte podrá ser apreciada de oficio por el tribunal en cualquier momento del proceso. La necesidad de contar con medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad para ser parte y de la capacidad procesal también podrá ser apreciada por el tribunal de oficio en cualquier momento del proceso quedando obligado el tribunal a proporcionar los apoyos necesarios”.

.- NORMA. Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil. Art 10.

Contenido

Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso.

Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular.

Comentario

El artículo 10 se refiere a la legitimación (de naturaleza no procesal) para ser parte durante el juicio en dos modalidades: La primera, la legitimación ordinaria (i), de quien “afirma la titularidad del derecho subjetivo material e imputa al demandado la titularidad de la obligación”. La segunda, la legitimación extraordinaria (ir), que se refiere a los otros supuestos “en que las normas procesales permiten expresamente interponer la pretensión a quien no puede afirmar la titularidad del derecho subjetivo”.

Propuesta

No es necesaria la reforma siempre y cuando desaparezca en otros preceptos la discriminación hacia las personas con discapacidad.

.- NORMA. Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil. Art 361.

Contenido

“podrán ser testigos todas las personas salvo que se hallen permanentemente privadas de razón o del uso de los sentidos respecto de los hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos”.

Comentario

El precepto regula la idoneidad para ser testigos ante los procesos civiles en los que solo se excluye de la posibilidad de rendir testimonio a las personas que se hallen permanentemente privadas de la razón o del uso de los sentidos que se relacionen directamente con los hechos que quepa tener conocimiento por estos además de a los menores de 14 años si a juicio del juzgador lo considera conveniente.

La Convención hace referencia a la igualdad ante la ley de las personas con discapacidad y a la igualdad en el acceso a la justicia. Si bien desde el punto de vista del modelo médico rehabilitador se parte de que una persona con discapacidad no puede por motivos de su discapacidad comparecer como testigo, también lo es que para el modelo social, esta limitación se da por el entorno muchas veces, y no por la deficiencia que la persona tenga, sea cual fuere esta.

Evidentemente no resulta sencillo permitir a las personas con discapacidad acceder a ser testigos en tanto ello implica cuestiones de accesibilidad en los mecanismos previstos para testificar, y tampoco resulta sencillo determinar qué apoyos se requiere para ello, no obstante, ello no justifica la restricción de su derecho a hacerlo y en atención a ello la Convención apunta a la previsión de medidas de apoyo que resulten pertinentes.

La expresión “permanentemente privados de la razón” se hace en términos abstractos y confusos que generan la exclusión de las personas con diversidad funcional en el ejercicio del derecho-deber de testimoniar en igualdad de condiciones y a su vez, una franca violación al principio de seguridad jurídica... Igualmente, la expresión “o del uso de sentidos respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos”, no tiene en cuenta las circunstancias tiempo, modo y lugar de los hechos que son objeto del testimonio, pues una persona que no ha perdido el 100% de su vista pudo ser un testigo ocular ante un caso de delito de homicidio, por lo tanto parece desproporcionada la exclusión del testimonio. Es necesario que un dictamen pericial primero dictamine si puede o no excluirse el elemento probatorio y la probabilidad de certeza entre la pérdida del sentido y el hecho a testimoniar.

Propuesta

Debe buscarse una redacción que manifieste que cuando una persona con discapacidad comparezca como testigo, contará con los apoyos que requiera para ello y su testimonio no se invalidará por motivo de su discapacidad. Es importante señalar que debe contarse con una previsión que señale que habrá personal especializado para prestar estos apoyos y para determinar en qué casos excepcionalmente la situación de la persona no le permite ser testigo.

Texto de la norma

“podrán ser testigos todas las personas salvo que se encuentren en una situación que les impida tener conocimiento de los hechos acontecidos.

“si el testigo es una persona con discapacidad se velará por el cumplimiento de las medidas de accesibilidad y se realizarán todos los ajustes que resulten necesarios”

“las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y a la prestación de los apoyos que puedan necesitar para dar testimonio. El testimonio dado por personas con cuentan con un plan personalizado de medidas de apoyo de conformidad con las previsiones contenidas en dicho plan debe considerarse válido”.

.- NORMAS. Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil. Arts. 756, 757, 758, 759, 760, 761, 762

Contenido

Art. 756. *Será competente para conocer de las demandas sobre capacidad y declaración de prodigalidad el Juez de Primera Instancia del lugar en que resida la persona a la que se refiera la declaración que se solicite.*

Art. 757. *Legitimación en los procesos de incapacitación y de declaración de prodigalidad.*

1. La declaración de incapacidad puede promoverla el presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes, o los hermanos del presunto incapaz.

2. El Ministerio Fiscal deberá promover la incapacitación si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no la hubieran solicitado.

3. Cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

4. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, la incapacitación de menores de edad, en los casos en que proceda conforme a la Ley, sólo podrá ser promovida por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela.

5. La declaración de prodigalidad sólo podrá ser instada por el cónyuge, los descendientes o ascendientes que perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos y los representantes legales de cualquiera de ellos. Si no la pidieren los representantes legales, lo hará el Ministerio Fiscal.

Art... 758. *“El presunto incapaz o la persona cuya declaración de prodigalidad se solicite pueden comparecer en el proceso con su propia defensa y representación.*

Si no lo hicieren, serán defendidos por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento. En otro caso, el Tribunal designará un defensor judicial, a no ser que estuviere ya nombrado”.

Art. 759. *“1. En los procesos de incapacitación, además de las pruebas que se practiquen de conformidad con lo dispuesto en el art. 752, el tribunal oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinará a éste por sí mismo y acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes. Nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal.*

2. Cuando se hubiera solicitado en la demanda de incapacitación el nombramiento de la persona o personas que hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él, sobre esta cuestión se oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, a éste, si tuviera suficiente juicio, y a las demás personas que el tribunal considere oportuno.

3. Si la sentencia que decida sobre la incapacitación fuere apelada, se ordenará también de oficio en la segunda instancia la práctica de las pruebas preceptivas a que se refieren los apartados anteriores de este artículo”.

Art. 760 CC. Sentencia

“1. La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 763.

2. En el caso a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior, si el tribunal accede a la solicitud, la sentencia que declare la incapacitación o la prodigalidad nombrará a la

persona o personas que, con arreglo a la Ley, hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él.

3. La sentencia que declare la prodigalidad determinará los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento de la persona que deba asistirle”.

Art. 761 CC. Reintegración de la capacidad y modificación del alcance de la Incapacitación

“1. La sentencia de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida.

2. Corresponde formular la petición para iniciar el proceso a que se refiere el apartado anterior, a las personas mencionadas en el apartado 1 del art. 757, a las que ejercieren cargo tutelar o tuvieran bajo su guarda al incapacitado, al Ministerio Fiscal y al propio incapacitado.

Si se hubiera privado al incapacitado de la capacidad para comparecer en juicio, deberá obtener expresa autorización judicial para actuar en el proceso por sí mismo.

3. En los procesos a que se refiere este artículo se practicarán de oficio las pruebas preceptivas a que se refiere el art. 759, tanto en la primera instancia como, en su caso, en la segunda.

La sentencia que se dicte deberá pronunciarse sobre si procede o no dejar sin efecto la incapacitación, o sobre si deben o no modificarse la extensión y los límites de ésta”.

Art. 762. Medidas cautelares

“1. Cuando el tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva, si lo estima procedente, la incapacitación.

2. El Ministerio Fiscal podrá también, en cuanto tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación de una persona, solicitar del tribunal la inmediata adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior.

Las mismas medidas podrán adoptarse, de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento de incapacitación.

3. Como regla, las medidas a que se refieren los apartados anteriores se acordarán previa audiencia de las personas afectadas. Para ello será de aplicación lo dispuesto en los arts. 734, 735 y 736 de esta Ley”.

Comentario

Como se desprende del comentario realizado respecto de los artículos del Código civil relativos a la incapacitación es necesario derogar el procedimiento que permite declararla y sustituirlo por un nuevo procedimiento encaminado al establecimiento de medidas de apoyo (plan personalizado de medidas de apoyo) de conformidad con el art. 12 de la Convención.

Propuesta

Derogación de estos preceptos y creación de un nuevo Título que afecta a los artículos expuestos. Parece oportuno optar por la existencia de juzgados especializados en los partidos judiciales, mientras no se proceda su creación la competencia para conocer de estos procesos corresponderá al juez de primera instancia del lugar donde resida la persona beneficiaria del plan. Estarán legitimados para solicitar el establecimiento de un plan personalizado de medidas de apoyo la persona beneficiaria del mismo, sus

parientes más próximos o las personas de su entorno más cercano, o de las entidades sin ánimo de lucro que representan a las personas con discapacidad que serán siempre parte cuando la persona beneficiaria sea una persona con discapacidad y el Ministerio Fiscal. Además, como se desprende de lo señalado en otros ámbitos el juez de lo penal por la comisión de un delito o un juez en general que conozca de la necesidad de su establecimiento. Según lo señalado en la regulación establecida en el Código hay personas que están obligadas a solicitar el establecimiento de este plan cuando su inexistencia pueda impedir a la persona el ejercicio de su capacidad jurídica u ocasionarle un perjuicio.

La decisión acerca del establecimiento de un plan personalizado de medidas de apoyo, salvo cuando exista oposición por parte de la persona beneficiaria o por cualquiera otra entre las legitimadas para instar las medidas de apoyo, se sustanciará de acuerdo con el procedimiento de jurisdicción voluntaria. La voluntad y las preferencias de la persona beneficiaria del plan, a quien el juez tendrá la obligación de escuchar, serán siempre tenidas en cuenta en el diseño de las medidas de apoyo y en la elección de la persona o instituciones de apoyo. En todo caso, la evaluación de la necesidad de apoyo encaminada a establecer medidas individualizadas ajustadas a las circunstancias de la persona no se basará en criterios netamente médicos y en factores individuales, sino que tendrá en cuenta factores sociales y la situación global de la persona. Los planes personalizados de apoyo deberán detallar de manera pormenorizadas las áreas en las que las personas precisan asistencia y la figura o figuras de apoyo. Cuando se trate de una persona que no puede conformar o expresar por ningún medio su voluntad el plan podrá contemplar apoyos obligatorios que sustituyan a la persona en la toma de decisiones establecidas individualizadamente en la resolución y que deberán respetar siempre la identidad de la persona. Para ello a la hora de adoptar estas decisiones sustitutivas se tendrá siempre en cuenta la historia de vida de la persona y sus circunstancias personales y sociales. Deben establecerse en la resolución controles para garantizar el buen funcionamiento de los apoyos, evitar abusos e influencia indebida y mecanismos de revisión periódica de las medidas.

Texto de la norma

DE LOS PROCESOS PARA EL ESTABLECIMIENTO DE PLANES PERSONALIZADOS DE MEDIDAS DE APOYO AL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD

Art. 1.1 “Será competente en los procedimientos sobre establecimiento de planes personalizados de medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad el Juzgado especializado o, en su defecto, el de 1ª Instancia del lugar en el que resida la persona a quien se refieran dicho plan.”

Art. 1.2. Corresponde al mismo Tribunal conocer de todas las cuestiones que se susciten en relación con dicho plan, salvo que éste estime conveniente, debido a un cambio de residencia de la persona a la que se refiere el plan, inhibirse a favor del Juzgado de la nueva residencia, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de los legitimados en el proceso.

Art. 2.1. Toda persona que tenga dificultades en la toma de sus decisiones podrá promover el establecimiento de un plan personalizado de medidas de apoyo para el

ejercicio de la capacidad jurídica. También podrán promover el establecimiento de este régimen sus parientes más próximos o las personas de su entorno más cercano. Cuando la persona sea una persona con discapacidad en estos procedimientos podrán promover el establecimiento de este plan las entidades sin ánimo de lucro representativas de colectivos de personas con discapacidad del lugar donde resida la persona.

Art. 2.2. El Ministerio Fiscal deberá promover el establecimiento de un plan personalizado de medidas de apoyo cuando considere que su inexistencia puede impedir u obstaculizar el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona y ni ésta ni las personas mencionadas en el artículo anterior hayan promovido su establecimiento

Art. 2.3. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran de la anterior situación deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Art. 2.4. La existencia de un plan personalizado de medidas de apoyo deberá gozar de publicidad registral para ser oponible a los terceros de buena fe.

Art.3. Las decisiones sobre el establecimiento de planes personalizados de medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad se sustanciarán por los procedimientos de la jurisdicción voluntaria.

Art.4.- Si la solicitud que inicia el procedimiento es cuestionada por la persona para la que se solicita el plan o por cualquiera otra entre las legitimadas para instar las medidas de apoyo, se tramitará el procedimiento como contencioso.

Art. 5.1. La persona cuyo plan personalizado de medidas de apoyo se solicite participará siempre en el proceso y contará con su propia defensa o representación o a falta o imposibilidad de ésta serán defendidos por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento. En otro caso, el Tribunal designará un defensor judicial, a no ser que estuviere ya nombrado.

Art. 5.2. El tribunal podrá dar audiencia, además, a los parientes y personas más próximas si lo considera oportuno”.

Art. 6.- El juez podrá de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal, de la persona a la que se refiere el plan o de las personas legitimadas en el procedimiento, modificar las medidas de apoyo para adecuarlas a las circunstancias de cada momento. En todo caso, toda modificación deberá realizarse previa audiencia del Ministerio Fiscal, de la persona a la que se refiere el plan, sus parientes más próximos o las personas de su entorno que se consideren pertinentes, garantizando el respeto a la voluntad y preferencias de la persona objeto del plan.

Art. 7.1. El tribunal acordará los dictámenes periciales que estime necesarios para obtener un conocimiento global de la situación de la persona. En todo caso, se acordará un dictamen pericial médico que deberá pronunciarse específicamente sobre las habilidades concretas de la persona en sus diferentes esferas de actuación y un dictamen psico-social que deberá referirse a las actividades más frecuentes de la persona, su relación con su entorno familiar y afectivo, posible existencia de redes de apoyo etc.

Art. 7. 2. Cuando la persona sea una persona con discapacidad en estos procedimientos podrán ser parte las entidades sin ánimo de lucro representativas de colectivos de personas con discapacidad del lugar donde resida la persona.

Art. 8.1. El Tribunal deberá resolver en un plazo no superior a 15 días contados desde el inicio del procedimiento. La resolución que establezca el plan personalizado de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica determinará de forma individualizada los actos concretos en relación con los cuales la persona necesita asistencia y la figura o figuras de apoyo que asistirán a la persona en la realización de

dichos actos. Tanto en la determinación de la extensión del apoyo, como en la determinación de la figura que lo prestará se respetará la voluntad y las preferencias de la persona.

Art. 8.2. La resolución establecerá, asimismo, los mecanismos de control oportunos para garantizar el efectivo y adecuado funcionamiento del plan personalizado de medidas apoyo. Estos mecanismos deben asegurar que se respeten los derechos de la persona, su voluntad y sus preferencias y que no se produzca conflicto de intereses o influencia indebida. El plan de seguimiento deberá establecer, en su caso y sin perjuicio de lo señalado en la legislación específica al afecto, qué tipo de decisiones se deben comunicar por su trascendencia al Ministerio Fiscal para que controle que los apoyos se realizan, efectivamente, de conformidad con los principios antes señalados.

Art. 8.3. Los actos realizados por las personas que cuenten con un plan personalizado de conformidad con las previsiones contenidas en el mismo deberán considerarse plenamente válidos.

Art. 8.4. Las autoridades y funcionarios públicos deben comprobar en las diferentes actuaciones en las que intervengan que las personas cuentan con los apoyos necesarios para el ejercicio de su capacidad jurídica y su adecuado funcionamiento de conformidad con las salvaguardas señaladas en la normativa vigente.

Art. 8.5. Únicamente cuando la situación en la que se encuentra la persona le impida expresar por cualquier medio su voluntad y preferencias, la resolución judicial podrá establecer la posibilidad de apoyos obligatorios que sustituyan a la persona en la toma de determinadas decisiones que se especificarán individualizadamente en la sentencia. En todo caso, estas decisiones sólo deberán tomarse cuando su no adopción pueda ocasionar un daño grave e irreversible a la persona afectada y deberán basarse en la identidad de la persona. Para ello deberán tenerse presentes, entre otras cuestiones su historia de vida y sus circunstancias personales y sociales.

La adopción de estas decisiones deberá ser autorizada por el Ministerio Fiscal con carácter previo, si ello fuera posible, sin perjuicio de que la autorización judicial que la legislación exige en algunos supuestos que deberán controlar el respeto de los principios antes señalados.

En todo caso, si la persona cuenta con un régimen de autoprotección habrá de respetarse su contenido.

Art. 9.1. Cuando el tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de una persona que requiere de un plan personalizado de medidas de apoyo adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para su adecuada protección y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva, si lo estima procedente, el establecimiento de este plan.

Art. 9.2. El Ministerio Fiscal podrá también solicitar del tribunal la inmediata adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior.

Las mismas medidas podrán adoptarse, de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento de establecimiento de un plan personalizado de apoyo.

Art. 9.3. Como regla, las medidas a que se refieren los apartados anteriores se acordarán previa audiencia de las personas afectadas”.

.- NORMA. Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil. Art. 763.

Contenido

“Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico.

1. El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela,

requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.

La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal.

En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del art. 757 de la presente Ley.

2. El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.

3. Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oirá a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el art. 758 de la presente Ley.

En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación.

4. En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente.

Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior.

Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente”.

Comentario

En esta norma se disponen las reglas y procedimientos a que ha de sujetarse el internamiento no voluntario. La Convención, en su art. 12, reconoce que las personas con discapacidad poseen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que todas las demás, lo que conlleva un cambio de paradigma en el tratamiento que tradicionalmente se le ha otorgado a este fenómeno. En el caso de la discapacidad que deriva de enfermedad mental, ha sido usual que se haya propuesto una limitación rigurosa a la autonomía individual. De ese modo, una de las cuestiones que directamente está vinculada a este tipo de discapacidad es el internamiento psiquiátrico, que lejos de

disponerse como un mecanismo excepcional, en no pocas ocasiones se convierte en una cuestión medular dentro del sistema integral de atención a personas con discapacidad psíquica producto de enfermedad mental. Es aquí donde cobra especial relevancia el dilema ético, toda vez que el internamiento involuntario supone una negación de la capacidad que posee la persona para emitir un juicio válido respecto a la necesidad de recibir el tratamiento que se presta en un recinto cerrado de tipo psiquiátrico.

Esto claramente exige una revisión de dicha figura la luz de la Convención -a propósito del manejo ético y normativo que se brinda a esta práctica-, comoquiera que el internamiento, sea voluntario o no, comporta una limitación agresiva de la autonomía de la persona que puede suponer una afrenta considerable a su dignidad.

En la actualidad, tal como está formulada la precitada medida de protección resulta contradictoria con los postulados convencionales. Lo anterior, deberá conllevar a optar por un replanteamiento de la medida no sólo en lo que tiene que ver con su denominación y particular naturaleza, sino también en lo que tiene que ver con los criterios que sirven para justificar la misma, garantías, controles, privación de otros derechos, aplicación de tratamientos etc. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en sus Observaciones Finales sobre el Informe presentado por España ha recomendado al Estado español “que revise sus disposiciones legislativas que autorizan la privación de libertad por motivos de discapacidad, incluidas las discapacidades mentales, psicológicas o intelectuales; que derogue las disposiciones que autorizan el internamiento forzoso a causa de una incapacidad manifiesta o diagnosticada, y que adopte medidas para que los servicios médicos, incluyendo todos los servicios relacionados con la salud mental, se basen en el consentimiento otorgado con conocimiento de causa por el interesado”.

De acuerdo con esta observación, lo más apropiado sería suprimir este precepto. La derogación del precepto exigiría abordar en la legislación especializada pertinente al efecto en qué situaciones que, en todo caso deberán ser definidas en términos neutrales en relación con la discapacidad, una persona puede ser ingresada sin su consentimiento. Una segunda opción consistiría en modificar sustancialmente este precepto. Su reforma exigiría, en todo caso, sustituir el término internamiento que parece aludir a una sanción por el de ingreso, eliminar la referencia al trastorno psíquico definiendo igualmente en términos neutrales las situaciones en las que puede considerarse justificado el ingreso no consentido. En ambos casos resulta esencial que se extremen los controles periódicos, las garantías y el respeto de los derechos de las personas privadas de libertad con especial atención a los tratamientos médicos aplicados. Igualmente, resulta necesario que se establezcan los apoyos necesarios en relación con el consentimiento.

Propuesta

Derogación del precepto o en su caso modificación de su contenido.

Texto de la norma

“Ingreso no voluntario

1. Sólo se podrá decretar el ingreso de una persona en una institución para cuidados o tratamiento médico o asistencial sin su consentimiento en las siguientes situaciones:

1) En situaciones de salud pública o emergencia sanitaria decretadas por el Poder Ejecutivo o autoridad competente;

2) En situaciones de grave e inminente riesgo de muerte o de lesión grave e irreparable para la integridad física o psíquica de la persona o riesgo grave e inminente para terceros cuando la persona no esté en condiciones de decidirlo por sí misma y siempre y cuando se demuestre que ninguna otra medida menos restrictiva es posible o efectiva.

La existencia del riesgo grave o inminente deberá acreditarse de forma fehaciente. La existencia de una discapacidad o de necesidad de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica nunca podrá ser prueba suficiente para acreditar la concurrencia del mencionado riesgo.

2. El ingreso de una persona sin su consentimiento requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el ingreso. La autorización será previa a dicho ingreso salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el ingreso deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de doce horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de veinticuatro horas desde que el ingreso llegue a conocimiento del tribunal.

En los casos de ingresos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el ingreso. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del art. 757 de la presente Ley.

2. El ingreso de menores se realizará siempre en un establecimiento adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.

3. Para conceder la autorización o ratificar el ingreso que ya se ha efectuado, el tribunal dará siempre audiencia a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo ingreso se trate, contar con un dictamen médico de un facultativo por él designado distinto o independiente de aquél donde la persona se encuentra ingresada, con un dictamen psicológico y con un dictamen de trabajador social que de forma unánime determinen la necesidad del ingreso.

En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el art. 758 de la presente Ley.

En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el ingreso será susceptible de recurso de apelación.

4. En la misma resolución que acuerde el ingreso se determinará de forma precisa y detallada el tratamiento médico o asistencial a llevarse a cabo, el profesional o equipo responsable, la modalidad, el tiempo necesario y el mecanismo control del mismo. Cualquier otra práctica o tratamiento no autorizado en la sentencia judicial que sea objeto la persona se considerará falta grave del profesional o equipo responsable.

En esta resolución se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente.

Los informes periódicos serán emitidos al menos cada dos meses, a no ser que el tribunal, atendida la situación que motivó el internamiento, señale un plazo inferior.

Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del ingreso.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el ingreso darán el alta a la persona y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente.

.- NORMA. Ley Orgánica 1/2002 reguladora del derecho de asociación. Art. 3.a)

Contenido

Podrán constituir asociaciones, y formar parte de las mismas, las personas físicas y las personas jurídicas, sean éstas públicas o privadas, con arreglo a los siguientes principios:

- b. Las personas físicas necesitan tener la capacidad de obrar y no estar sujetas a ninguna condición legal para el ejercicio del derecho.*

Comentario

El mencionado artículo 3.a) establece una limitación al ejercicio del derecho de constituir asociaciones y de formar parte de ella. Es una disposición que a primera vista parecer ser discriminatoria toda vez que establece una restricción injustificada al ejercicio de participar en la vida pública -derecho fundamental reconocido no solo en la Convención Internacional (Art. 29), sino también en la propia Constitución española (Art. 22). No obstante, su interpretación debe hacerse conforme con lo que se ha venido señalando a propósito del sentido que debe asignársele a las normas generales sobre modificaciones al ejercicio de la capacidad (o proceso de incapacitación), con lo cual le serán aplicables las mismas consideraciones que sobre esto último se ha ido planteando, a propósito de la necesidad de establecerse mecanismos de apoyo que impidan un restricción injustificada al ejercicio de los derechos.

Propuesta

La norma sólo se considerará ajustada a la Convención siempre y cuando se entienda que previamente se han dispuesto de los mecanismos de apoyo suficientes para hacer viable el disfrute del derecho de asociación.

Texto de la norma

Podrán constituir asociaciones, y formar parte de las mismas, las personas físicas y las personas jurídicas, sean éstas públicas o privadas, con arreglo a los siguientes principios:

- c. Las personas físicas no tienen que estar sujetas a ninguna condición legal para el ejercicio del derecho. Las personas físicas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de las medidas de apoyo que resulten necesarias para el ejercicio del derecho de asociación. Las personas físicas que cuenten con un plan personalizado de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica pueden constituir asociaciones y formar parte de las mismas de conformidad con lo establecido en dicho plan.*

.- NORMA: Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Art. 2:

Contenido

“Principios básicos.

- 1. La dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad orientarán toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica.*

2. Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley.

3. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles.

4. Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito.

5. Los pacientes o usuarios tienen el deber de facilitar los datos sobre su estado físico o sobre su salud de manera leal y verdadera, así como el de colaborar en su obtención, especialmente cuando sean necesarios por razones de interés público o con motivo de la asistencia sanitaria.

6. Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente.

7. La persona que elabore o tenga acceso a la información y la documentación clínica está obligada a guardar la reserva debida”.

Comentario

Los numerales 2 y 4 aluden a la forma escrita, tanto para aceptar un tratamiento, como negarse a su realización. En este sentido, conviene diferenciar en este punto la forma de aceptar o de rechazar, de su constancia. Es contrario a la Convención la exigencia de una forma escrita, ya que esto impide a muchas personas con discapacidad que tal vez puedan expresar su consentimiento o rechazo por otra vía.

Propuesta

Modificación de este artículo, haciendo más extensiva la forma de aceptación y rechazo respetando y comprendiendo el heterogéneo mundo de la discapacidad y contemplando los apoyos. Se debe incluir que la aceptación puede ser entendida por cualquier medio comprensible por el cual se exprese inequívocamente su voluntad (ejemplo lenguaje de señas), todo ello en conformidad a lo que establece el art.21 de la Convención.

Texto de la norma

“Principios básicos.

1. La dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad orientarán toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica.

2. Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. Las personas físicas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de las medidas de apoyo que resulten necesarias para prestar su consentimiento. La persona que cuente con un plan personalizado de apoyo para el ejercicio de la capacidad podrá prestar su consentimiento de acuerdo con dicho plan. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por cualquier medio de comunicación comprensible que pueda ser archivado y documentado.

3. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada en un formato accesible adaptado a sus necesidades, entre las opciones clínicas disponibles.

4. Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por cualquier medio de comunicación comprensible que pueda ser archivado y documentado.

5. Los pacientes o usuarios tienen el deber de facilitar los datos sobre su estado físico o sobre su salud de manera leal y verdadera, así como el de colaborar en su obtención, especialmente cuando sean necesarios por razones de interés público o con motivo de la asistencia sanitaria.

6. Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente. Deberá asegurarse que la información esté adaptada a las necesidades y sea accesible para las personas y los usuarios. Igualmente debe garantizar que en el proceso de obtención del consentimiento no haya ninguna interferencia indebida y se haya contado con los apoyos necesarios.

7. La persona que elabore o tenga acceso a la información y la documentación clínica está obligada a guardar la reserva debida”.

.- NORMA: LEY 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Artículo 3

Contenido

Artículo 3.Las definiciones legales.

A efectos de esta Ley se entiende por:

(...)

Consentimiento informado: la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud.

(...)

Libre elección: la facultad del paciente o usuario de optar, libre y voluntariamente, entre dos o más alternativas asistenciales, entre varios facultativos o entre centros asistenciales, en los términos y condiciones que establezcan los servicios de salud competentes, en cada caso.

Comentario/Propuesta

Debe reformularse la definición de consentimiento informado y de libertad de elección para adecuar esta norma a la Convención. Así, el consentimiento se puede manifestar por escrito o por cualquier otro medio que permita conocer la voluntad inequívoca de la persona. En este proceso de libre elección, la información debe ser accesible y se debe garantizar que la persona con discapacidad ha contado con los apoyos necesarios en el proceso de toma de decisión.

Texto de la norma

Artículo 3.Las definiciones legales.

A efectos de esta Ley se entiende por:

(...)

Consentimiento informado: la conformidad libre y voluntaria de un paciente, manifestada de manera inequívoca ya sea por escrito o por cualquier

otro medio comprensible, archivable y documentable que permita conocer la voluntad inequívoca de la persona, después de haber recibido los apoyos necesarios y la información adecuada, en un formato accesible y atendiendo a sus necesidades, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud.

(...)

Libre elección: la facultad del paciente o usuario de optar, libre y voluntariamente, después de haber recibido los apoyos necesarios y la información adecuada, en un formato accesible y atendiendo a sus necesidades, entre dos o más alternativas asistenciales, entre varios facultativos o entre centros asistenciales, en los términos y condiciones que establezcan los servicios de salud competentes, en cada caso.

.- NORMA: LEY 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Artículo 4 y 5

Contenido

Artículo 4. Derecho a la información asistencial.

1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle.

Artículo 5. Titular del derecho a la información asistencial.

1. El titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita.

2. El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal.

3. Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

4. El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. Llegado este caso, el médico dejará

constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho.

Comentario

En general, el precepto hace una diferenciación entre los titulares y los destinatarios del derecho a la información sanitaria. El titular de derecho a ser informado recae en el paciente, y los destinatarios de la información pueden ser: el titular, si cuenta con “capacidad natural suficiente”, o las personas vinculadas a él por lazos de parentesco o de hecho siempre, que el paciente los autorice de manera expresa o tácita (art. 5.1)

Propuesta

Suprimir el art. 5.2, de conformidad a lo establecido en el art.12 de la Convención. Implementar medidas de apoyo para garantizar la accesibilidad de la información recibida. Además de suprimir los términos utilizados como “incapacitación”.

Texto de la norma

Artículo 4. Derecho a la información asistencial

1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información se proporcionará en el formato que sea más conveniente y accesible al usuario o paciente, dejando constancia en la historia clínica, y comprenderá, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma accesible, comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

3. Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de los apoyos que se consideren necesarios para la comprensión de esta información.

4. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle y de asegurar, en su caso, el adecuado funcionamiento de los apoyos recibidos.

Artículo 5. Titular del derecho a la información asistencial.

1. El titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita. Entre las personas vinculadas al paciente por razones de hecho, se incluirán los asistentes personales o las personas que ejerzan funciones de apoyo de conformidad con un plan personalizado de apoyos para el ejercicio de la capacidad

2. El paciente será informado, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, en un formato accesible y atendiendo a sus necesidades, que incluirán el uso, reconocimiento y prestación de medidas de apoyo, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal o a las personas que ejerzan funciones de apoyo.

3. Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares, de hecho o, en su caso, a la establecida en el plan personalizado de apoyo a la capacidad.

4. El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho.

.- NORMA: LEY 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Artículo 8

Contenido

“Consentimiento informado:

1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el [artículo 4](#), haya valorado las opciones propias del caso.

2. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

3. El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.

4. Todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud.

5. El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento.”

Comentario

Observamos que en los numerales 2, 3 y 5 se repiten las formas de expresar el consentimiento, ya sea escrito o verbal, de este modo se excluye a las personas que se comunican a través de un lenguaje distinto al sistema tradicional, por ejemplo, las personas sordas que no pueden comunicarse a través del lenguaje verbal. Estos artículos manifiestan el desconocimiento del heterogéneo mundo de la discapacidad.

Esta normativa es incompatible con la Convención, de conformidad a lo manifestado en su Art.21.

Propuesta

En virtud del principio de accesibilidad contemplado en la Convención, sugerimos implementar de manera expresa los ajustes en la comunicación de las

personas con discapacidad sensorial, con el objeto de ejercer sin tropiezo alguno, el derecho al consentimiento informado. También es necesaria la referencia a los apoyos.

Texto de la norma

“Consentimiento informado:

1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el [artículo 4](#), haya valorado las opciones propias del caso.

2. El consentimiento, como regla general, se proporcionará verbalmente, utilizando en su caso los ajustes razonables y los apoyos necesarios. Sin embargo, se prestará por escrito, o por un medio de comunicación comprensible, archivable y documentable, en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

3. El consentimiento escrito, o por un medio de comunicación comprensible, archivable y documentable, del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.

4. Todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud.

5. El paciente puede revocar libremente por escrito o por cualquier medio comprensible, archivable y documentable su consentimiento en cualquier momento.

6. La prestación de consentimiento, o su revocación, dada por una persona que cuente con un plan personalizado de apoyo a la capacidad jurídica será válida siempre y cuando se haya ajustado a éste”

.- NORMA: *Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Art. 9*

Contenido

- Art. 9: Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación.

1. La renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención.

2. Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:

a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la

autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.

b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos.

Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

4. La interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.

5. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento.»

Comentario

Este artículo fija las directrices generales del consentimiento informado, el cual funge como principio básico y cardinal de la actividad médica.

La norma establece una regulación que, en principio, está orientada a proteger la vida e integridad del paciente. Sin embargo, es una cuestión que debe ser previamente matizada en atención a que mediante la misma se puede privar a las personas, de manera injustificada, del derecho que tienen a decidir sobre su propia salud y bienestar así como sobre la aceptación o no de los procedimientos médicos o quirúrgicos que se le van a practicar. Por esa razón, en determinadas circunstancias es necesario que se adopten los mecanismos de apoyo necesarios para que dicha decisión pueda ser tomada por el propio titular del bien jurídico y sólo en casos excepcionales, por terceras personas y siempre con respeto a la identidad y la historia de vida del paciente.

En ese orden de ideas, se recomienda la derogación del literal b del referido artículo 9,3°, toda vez que está diseñado sobre la base del modelo de sustitución de la voluntad.

De otro lado, el numeral 4° reza que la interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y de técnicas de reproducción asistida se regirán por lo dispuesto sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales en esta materia. Comoquiera que este apartado se encuentra incluido dentro del acápite que se refiere al consentimiento por representación se puede inferir que dichas prácticas estarían establecidas solo para quienes gocen de capacidad legal plena. Si esto es así, es una cuestión que claramente resultaría discriminatoria, toda vez que la norma estaría efectuando una distinción arbitraria, sin que mediase ningún tipo de justificación, lo que claramente vulneraría el artículo 23° de la Convención que trata de la protección de los derechos reproductivos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones.

Entonces, podrán efectuarse restricciones al ejercicio de las referidas prácticas médicas (interrupción voluntaria del embarazo, ensayos clínicos y técnicas de reproducción asistida) no en razón a la discapacidad, sino a la existencia de situaciones objetivas que impidan prestar adecuadamente el consentimiento. Por eso en este ámbito específico los medios de apoyo resultan indispensables (acceso a la información, mecanismos para comprobar que la información se ha comprendido) para la conformación de la voluntad y en últimas para el ejercicio de la autonomía.

El numeral 4 ha sido reformado por la LO 2/2010.

Por su parte, el numeral 5 ha sido modificado por la Ley de adaptación normativa a la Convención. En todo caso, se considera necesario diferenciar la cuestión del consentimiento por representación y el consentimiento con apoyos y referir la accesibilidad de la información a todas las situaciones y no sólo a las situaciones de discapacidad.

Propuesta

Se debe realizar una redacción que señale que las personas que lo precisen contarán con los apoyos necesarios para el ejercicio de su renuncia a recibir información así como para prestar su consentimiento. En ningún caso se privará a las personas con discapacidad de manifestar su renuncia a recibir información, por motivos de discapacidad, de conformidad con el Art. 5 de la Convención.

Se sugiere la derogación del literal b del artículo 3° de la Ley 41 de 2002 y una nueva regulación del consentimiento por representación y del consentimiento con apoyos obligatorios.

Asimismo, se sugiere la modificación del numeral 5° del artículo 9°. La obligación de facilitar la información en formatos adecuados, accesibles y de usar apoyos para su comprensión y la prestación del consentimiento ya ha sido contemplada en preceptos anteriores. En todo caso, esta obligación no debe limitarse a las personas con discapacidad y no debe regularse vinculada al consentimiento por representación.

Texto de la norma

- Art. 9: Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación

1. La renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente, una vez que haya contado con los apoyos necesarios, manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención.

2. Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:

a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.

b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares, a las personas de apoyo y a las personas vinculadas de hecho a él. La decisión deberá respetar la identidad de la persona y tener en cuenta su historia de vida y sus circunstancias personales y sociales.

3. Se otorgará el consentimiento por representación cuando, siendo el paciente menor de edad, no haya sido posible trasladar a éste información suficiente sobre el alcance de la intervención, después de utilizados los medios de comunicación adecuados a sus necesidades. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos.

Cuando se trate de menores emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo o cuando el menor precise de apoyos intensos, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

4. La interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.

5. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario”.

.- NORMA: LEY 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Artículo 10

Contenido

Artículo 10. Condiciones de la información y consentimiento por escrito.

1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:

a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.

b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.

c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.

d) Las contraindicaciones.

2. El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente.

Comentario/Propuesta

La adecuación de esta norma a lo establecido en la Convención pasa por exigir al médico responsable que garantice la presencia de apoyos y de una información accesible y adaptada a las necesidades de la persona con discapacidad. De igual manera, se debe admitir que el consentimiento se manifieste por cualquier medio que permita conocer la voluntad inequívoca de una persona.

Texto de la norma

Artículo 10. Condiciones de la información y consentimiento por escrito

1. Antes de recabar su consentimiento por escrito o por cualquier otro medio comprensible, archivable y documentable, que muestre su voluntad inequívoca, el facultativo proporcionará al paciente o a las personas con las que tenga una relación familiar o de hecho, de conformidad con lo establecido en esta Ley, la información básica siguiente:

a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.

b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.

c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.

d) Las contraindicaciones.

2. El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito o por cualquier otro medio comprensible, archivable y documentable, que muestre la voluntad inequívoca del paciente.

.- NORMA: LEY 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Artículo 11.

Contenido

“Instrucciones previas:

1. Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.

2. Cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito.

3. No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la *lex artis*, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones.

4. Las instrucciones previas podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito.

5. *Con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro nacional de instrucciones previas que se registrará por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.*”

Comentario

En términos generales, un documento de instrucciones previas o “testamento vital” es una ratificación a la autonomía de la voluntad de las personas, como diseñadores de los cursos de su vida o de la muerte como su prolongación. No obstante, contrario a los términos de la Convención, la ley exige que la declaración de la voluntad y su posterior retractación, sea realizada por mayores de edad, que sean plenamente capaces y en lenguaje escrito. Estas circunstancias previstas en los numerales 2 y 4 del artículo 11, son incompatibles con los términos de la Convención. En primer lugar, el requisito de la capacidad estaría condicionado a la sentencia judicial que la modifique. Este sistema, además de ser concebido bajo el modelo médico-rehabilitador que trata la discapacidad, también prevé la posibilidad de sustitución de las decisiones de las personas desconociendo la plena capacidad de las personas con diversidad funcional. En segundo lugar, no prevé mecanismos de apoyo en las decisiones de acuerdo con los parámetros exigidos en el artículo 12 de la Convención.

Propuesta

La modificación de la norma que comprenderá:

- .- El reconocimiento expreso de la plena capacidad de las personas con diversidad funcional.
- .- Se hace necesario implementar ajustes en la comunicación de las personas y de esta manera garantizar este derecho a todas las personas de conformidad a lo establecido en el artículo 21 de la Convención

Texto de la norma

“Instrucciones previas:

1. *Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad manifiesta anticipadamente su voluntad, con el objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en las que no le sea posible expresar dicha voluntad personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.*

1.bis. *Para otorgar el documento de instrucciones previas, las personas contarán con los apoyos necesarios. El documento de instrucciones previas otorgado por una persona que cuente con un plan personalizado de apoyo a la capacidad, de conformidad con dicho plan, será válido*

2. *Cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre en la historia clínica ya sea por escrito o por cualquier otro medio que permita manifestar la voluntad inequívoca de la persona.*

3. No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la *lex artis*, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones.

4. Las instrucciones previas podrán revocarse libremente, por cualquier medio que sea comprensible y que refleje la voluntad inequívoca del otorgante. La persona que precise de apoyos obligatorios podrá otorgar el documento siempre que cuente con la asistencia debida.

5. Con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro nacional de instrucciones previas que se regirá por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.”

.- NORMA: Ley 5 de 2003, de Declaración de Voluntad Vital Anticipada, de la Junta de Andalucía. Artículos 2 y 4.

Contenido

Art.2. “Concepto de declaración de voluntad vital y anticipada:

A los efectos de esta ley, se entiende por declaración de voluntad anticipada la declaración escrita hecha por ser incorporada al registro que esta ley crea, por una persona capaz que, consciente y libremente, expresa las opciones e instrucciones que deben respetarse en la asistencia sanitaria que reciba en el caso de que concurran circunstancias clínicas en las cuales no pueda expresar personalmente su voluntad”.

Art. 4. “Capacidad para otorgar la declaración:

1.-La declaración de voluntad vital anticipada, podrá ser emitida por un mayor de edad o por un menor emancipado.

2.- los incapacitados judicialmente podrán emitir declaración de voluntad vital anticipada. Salvo que otra cosa determine la resolución judicial de incapacitación. No obstante, si el personal facultativo responsable de su asistencia sanitaria cuestionara su capacidad para otorgarla, pondrá los hechos en conocimiento del ministerio fiscal para que, en su caso, inste ante la autoridad un nuevo proceso, que tenga por objeto modificar el alcance de la incapacitación ya establecida”.

Comentario

Los numerales 1 y 2 del artículo 4 de la ley en mención, supeditan la libre autodeterminación de las personas con discapacidad a la prohibición o no de la sentencia para celebrar el documento de la voluntad anticipada. Esta subordinación a las disposiciones del Derecho civil que regulan la incapacitación judicial, discriminan a las personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos.

El precepto no exige parámetros necesarios para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad para elaborar el documento de voluntades anticipadas, ni alude al uso de medidas de apoyo.

Propuesta

Implementar medidas de apoyo.

Modificar la forma (escrita) de expresar la voluntad.

Texto de la norma

Art.2. “Concepto de declaración de voluntad vital y anticipada:

A los efectos de esta ley, se entiende por declaración de voluntad anticipada la declaración hecha por cualquier medio archivable y documentable para ser incorporada al registro que esta ley crea, por una persona que expresa las opciones e instrucciones que deben respetarse en la asistencia sanitaria que reciba en el caso de que concurran circunstancias clínicas en las cuales no pueda expresar personalmente su voluntad”.

Art. 4. “Capacidad para otorgar la declaración:

1.-La declaración de voluntad vital anticipada, podrá ser emitida por un mayor de edad o por un menor emancipado.

2.- Para otorgar el documento de instrucciones previas, las personas contarán con los apoyos necesarios. El documento de instrucciones previas otorgado por una persona que cuente con un plan personalizado de apoyo a la capacidad, de conformidad con dicho plan, será válido. El personal facultativo responsable de su asistencia sanitaria velará por el adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo de las medidas de apoyo de acuerdo con lo señalado en el art. xxx y ss. del Código civil.

.- NORMA: *Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Art. 2*

Contenido

.- Art. 2:

“Beneficiarios.

1. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad tendrá como beneficiario, exclusivamente, a la persona en cuyo interés se constituya, que será su titular.

2. A los efectos de esta ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad:

a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento.

b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento.

3. El grado de minusvalía se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme”.

Comentario

La Ley 41/2003 regula lo concerniente al patrimonio protegido y tiene como propósito la afectación de una masa patrimonial a la satisfacción de las necesidades vitales de los beneficiarios de la misma. Para los efectos de la mencionada ley se consideran personas con discapacidad aquellas que están afectadas por un grado de minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento y/o aquellas que están afectadas por un grado de minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento, lo cual se acredita mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme (Art. 2).

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad no hace una definición de los tipos de discapacidad existentes, por el contrario, al definir el fenómeno de la discapacidad, lo hace de un modo abierto, entendiendo que no es una

condición que esté en la persona, sino el resultado de la interacción entre personas con deficiencias y las barreras. Aunado a esto, para la Convención, las personas con discapacidad, incluyen (no es limitativo) a aquellas con deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales.

En este sentido, el artículo que se analiza denota haber sido concebido a la luz de un modelo médico rehabilitador, y no del modelo social de la discapacidad que promueve la Convención.

Propuesta

Suprimir el término de minusvalía, por ser este discriminatorio y contrario a lo que se establece al Art.5 de la Convención, pudiendo reemplazarse por los términos de personas con discapacidad.

Utilizar el concepto amplio de discapacidad que maneja la Convención. Modificar así el sistema de porcentaje, como único criterio para acceder a los beneficio del patrimonio protegido. Habrá que igualar en capacidad de ejercicio a las personas con discapacidad como el resto de las personas, de conformidad con el Art. 12 de la Convención.

Texto de la norma

- 1. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad tendrá como beneficiario, exclusivamente, a la persona en cuyo interés se constituya, que será su titular.*
- 2. Para determinar a favor de qué personas con discapacidad se puede constituir un patrimonio protegido habrá que atender tanto al grado de discapacidad como a la situación social en la que se encuentra la persona.*
- 3. El grado de discapacidad se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme”.*

.- NORMA: *Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Art. 3*

Contenido

.- Art. 3:

“Constitución.

1. Podrán constituir un patrimonio protegido:

- a) La propia persona con discapacidad beneficiaria del mismo, siempre que tenga capacidad de obrar suficiente.*
 - b) Sus padres, tutores o curadores cuando la persona con discapacidad no tenga capacidad de obrar suficiente.*
 - c) El guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica podrá constituir en beneficio de éste un patrimonio protegido con los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquéllos y en los que hubiera sido designado beneficiario; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los [artículos 303, 304 y 306 del Código Civil](#).*
- 2. Cualquier persona con interés legítimo podrá solicitar de la persona con discapacidad o, en caso de que no tenga capacidad de obrar suficiente, de sus padres, tutores o curadores, la constitución de un patrimonio protegido, ofreciendo al mismo tiempo una aportación de bienes y derechos adecuados, suficiente para ese fin.*

En caso de negativa injustificada de los padres o tutores, el solicitante podrá acudir al fiscal, quien instará del juez lo que proceda atendiendo al interés de la persona con discapacidad. Si el juez autorizara la constitución del patrimonio protegido, la resolución judicial determinará el contenido a que se refiere el apartado siguiente de esta ley. El cargo de administrador no podrá recaer, salvo justa causa, en el padre, tutor o curador que se hubiera negado injustificadamente a la constitución del patrimonio protegido.

3. El patrimonio protegido se constituirá en documento público, o por resolución judicial en el supuesto contemplado en el apartado anterior.

Dicho documento público o resolución judicial tendrá, como mínimo, el siguiente contenido:

a) El inventario de los bienes y derechos que inicialmente constituyan el patrimonio protegido.

b) La determinación de las reglas de administración y, en su caso, de fiscalización, incluyendo los procedimientos de designación de las personas que hayan de integrar los órganos de administración o, en su caso, de fiscalización. Dicha determinación se realizará conforme a lo establecido en el [artículo 5 de esta ley](#).

c) Cualquier otra disposición que se considere oportuna respecto a la administración o conservación del mismo.

Los notarios comunicarán inmediatamente la constitución y contenido de un patrimonio protegido por ellos autorizado al fiscal de la circunscripción correspondiente al domicilio de la persona con discapacidad, mediante firma electrónica avanzada. Igual remisión efectuarán de las escrituras relativas a las aportaciones de toda clase, que se realicen con posterioridad a su constitución.

El fiscal que reciba la comunicación de la constitución de un patrimonio protegido y no se considere competente para su fiscalización lo remitirá al fiscal que designe el Fiscal General del Estado, de acuerdo con su Estatuto Orgánico”.

Comentario

De acuerdo con la mencionada ley, el patrimonio protegido podrá ser constituido por la propia persona con discapacidad siempre y cuando tenga capacidad de obrar suficiente (Art. 3.1.a); o por sus padres, tutores o curadores, cuando no cuenten con dicha capacidad (Art. 3.1.b); o por el guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica, con los bienes que los padres o tutores le hubiesen dejado mediante título de herencia, o en virtud de pensiones constituidas a su favor (3.1.c). Dicho patrimonio se extingue por la muerte del beneficiario o cuando éste deja de tener la condición de persona con discapacidad (Art. 6.1).

El vocablo capacidad de obrar suficiente, es discriminatorio a la luz de la Convención, por ser un término totalmente excluyente y que se supedita a lo dispuesto en las normas sobre restricción al ejercicio de la capacidad, que son contradictorias con el propio espíritu de la Convención.

Es necesario anotar, que de acuerdo con la Convención, las personas con discapacidad tienen la capacidad jurídica en igualdad de condiciones que el resto de personas. En tal sentido, señalar que podrán constituir un patrimonio protegido las personas con discapacidad siempre que tengan capacidad de obrar suficiente sería contrario a la Convención, porque partiría de una premisa claramente restrictiva: que algunas personas con discapacidad no tienen capacidad de obrar suficiente.

Propuesta

Suprimir “capacidad de obrar suficiente”.

Suprimir el párrafo relativo a la discapacidad psíquica.

Eliminar la supeditación a la regulación del sistema de incapacitación judicial que hace el Código Civil.

Reconocer la plena capacidad a las personas con discapacidad para la realización de los actos jurídicos mencionados.

Admitir la implementación del modelo de apoyo en la toma de decisiones, dependiendo del caso en concreto y como forma de garantía del derecho a la igualdad.

Implementar y fortalecer medidas de control de la asistencia personal a fin de evitar la influencia indebida en las decisiones de las personas con discapacidad.

Capacitar en materia de derechos humanos a los operadores jurídicos tratando de esta manera de prevenir la burocratización que pudiera entorpecer el acceso a los trámites relacionados con la constitución del patrimonio protegido de las personas con discapacidad.

Texto de la norma

“Constitución.

1. Podrán constituir un patrimonio protegido:

a) La propia persona con discapacidad beneficiaria del mismo. Para su constitución las personas con discapacidad deberán contar con las medidas de apoyo que resulten necesarias. Las personas con discapacidad que cuenten con un plan personalizado de medidas de apoyo podrán establecer un patrimonio protegido de conformidad con las previsiones contenidas en dicho plan. El Notario deberá controlar el efectivo y adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo de acuerdo con lo señalado en el art. 215 del Código civil.

b) Sus padres o personas de apoyo cuando la persona con discapacidad no pueda conformar o expresar su voluntad por cualquier medio.

2. Cualquier persona con interés legítimo podrá solicitar de la persona con discapacidad o en relación con las personas mencionadas en el apartado 1b) la constitución de un patrimonio protegido, ofreciendo al mismo tiempo una aportación de bienes y derechos adecuados, suficiente para ese fin.

En caso de negativa injustificada de los padres o personas de apoyo, el solicitante podrá acudir al fiscal, quien instará del juez lo que proceda atendiendo al interés de la persona con discapacidad. Si el juez autorizara la constitución del patrimonio protegido, la resolución judicial determinará el contenido a que se refiere el apartado siguiente de esta ley.

3. La administración del patrimonio protegido corresponderá a la propia persona con discapacidad que, en caso de precisarlo, contará para ello con las medidas de apoyo que resulten necesarias que deberán establecerse en el documento público o la resolución judicial por el que se constituya el mismo. En caso de que la situación de la persona le impida administrar el patrimonio protegido por sí misma se nombrará un administrador. El cargo de administrador no podrá recaer, salvo justa causa, en el padre o persona de apoyo que se hubiera negado injustificadamente a la constitución del patrimonio protegido.

3. El documento público o resolución judicial por la que se establezca el patrimonio protegido, además de establecer las previsiones señaladas en el apartado anterior señalará.

a) El inventario de los bienes y derechos que inicialmente constituyan el patrimonio protegido.

b) La determinación de las reglas fiscalización...

c) *Cualquier otra disposición que se considere oportuna respecto a la administración o conservación del mismo.*

Los notarios deberán garantizar, en su caso, que la persona que constituye el patrimonio protegido cuenta con los apoyos necesarios para tal constitución y administración y comunicarán inmediatamente la constitución y contenido de un patrimonio protegido por ellos autorizado al fiscal de la circunscripción correspondiente al domicilio de la persona con discapacidad, mediante firma electrónica avanzada. Igual remisión efectuarán de las escrituras relativas a las aportaciones de toda clase, que se realicen con posterioridad a su constitución.

El fiscal que reciba la comunicación de la constitución de un patrimonio protegido y no se considere competente para su fiscalización lo remitirá al fiscal que designe el Fiscal General del Estado, de acuerdo con su Estatuto Orgánico”.

.- NORMA: *Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Art. 4*

Contenido:

.- Art. 4:

“Aportaciones al patrimonio protegido.

1. Las aportaciones de bienes y derechos posteriores a la constitución del patrimonio protegido estarán sujetas a las mismas formalidades establecidas en el artículo anterior para su constitución.

2. Cualquier persona con interés legítimo, con el consentimiento de la persona con discapacidad, o de sus padres o tutores o curadores si no tuviera capacidad de obrar suficiente, podrá aportar bienes o derechos al patrimonio protegido. Estas aportaciones deberán realizarse siempre a título gratuito y no podrán someterse a término.

En caso de que los padres, tutores o curadores negasen injustificadamente su consentimiento, la persona que hubiera ofrecido la aportación podrá acudir al fiscal, quien instará del juez lo que proceda atendiendo al interés de la persona con discapacidad.

2. Al hacer la aportación de un bien o derecho al patrimonio protegido, los aportantes podrán establecer el destino que deba darse a tales bienes o derechos o, en su caso, a su equivalente, una vez extinguido el patrimonio protegido conforme al [artículo 6](#), siempre que hubieran quedado bienes y derechos suficientes y sin más limitaciones que las establecidas en [el Código Civil](#) o en las normas de derecho civil, foral o especial, que, en su caso, fueran aplicables”.

Comentario

El precepto remite a las disposiciones generales sobre el régimen de capacidad civil y el sistema de incapacitación judicial. Permite así la sustitución de las decisiones de las personas con discapacidad por el tutor y desconoce, en general, la plena capacidad de las personas con discapacidad.

Propuesta

Eliminar el modelo de sustitución de las decisiones.

Reconocer la plena capacidad a las personas con discapacidad.

Admitir el sistema de apoyo en las decisiones de las personas con discapacidad.

Eliminar la disposición a futuro del aportante sobre el destino de los bienes, una vez cumplidas las condiciones para extinguirse el patrimonio protegido para lo cual, deberá sujetarse a las reglas ordinarias de la sucesión (en el caso de muerte).

Texto de la norma

Aportaciones al patrimonio protegido.

1. Las aportaciones de bienes y derechos posteriores a la constitución del patrimonio protegido estarán sujetas a las mismas formalidades establecidas en el artículo anterior para su constitución.

2. Cualquier persona con interés legítimo, con el consentimiento de la persona con discapacidad, o de sus padres o personas que ejercen la función de apoyo si no pudiera conformar o expresar por sí mismas su voluntad y preferencias o fuese menor de edad podrá aportar bienes o derechos al patrimonio protegido. Estas aportaciones deberán realizarse siempre a título gratuito y no podrán someterse a término.

En caso de que los padres o personas que ejercen la función de apoyo negasen injustificadamente su consentimiento, la persona que hubiera ofrecido la aportación podrá acudir al fiscal, quien instará del juez lo que proceda atendiendo al interés de la persona con discapacidad.

3. Al hacer la aportación de un bien o derecho al patrimonio protegido, los aportantes podrán establecer el destino que deba darse a tales bienes o derechos o, en su caso, a su equivalente, una vez extinguido el patrimonio protegido conforme al [artículo 6](#), siempre que hubieran quedado bienes y derechos suficientes y sin más limitaciones que las establecidas en [el Código Civil](#) o en las normas de derecho civil, foral o especial, que, en su caso, fueran aplicables”.

.- NORMA: Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Art. 5

Contenido

.- Art. 5.

“Administración.

1. Cuando el constituyente del patrimonio protegido sea el propio beneficiario del mismo, su administración, cualquiera que sea la procedencia de los bienes y derechos que lo integren, se sujetará a las reglas establecidas en el documento público de constitución.

2. En los demás casos, las reglas de administración, establecidas en el documento público de constitución, deberán prever la obligatoriedad de autorización judicial en los mismos supuestos que el tutor la requiere respecto de los bienes del tutelado, conforme a los [artículos 271 y 272 del Código Civil](#) o, en su caso, conforme a lo dispuesto en las normas de derecho civil, foral o especial, que fueran aplicables.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior la autorización no es necesaria cuando el beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente.

En ningún caso será necesaria la subasta pública para la enajenación de los bienes o derechos que integran el patrimonio protegido no siendo de aplicación lo establecido al efecto en el título XI del libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, los constituyentes o el administrador, podrán instar al Ministerio Fiscal que solicite del juez competente la excepción de la autorización judicial en determinados supuestos, en atención a la

composición del patrimonio, las circunstancias personales de su beneficiario, las necesidades derivadas de su minusvalía, la solvencia del administrador o cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza.

4. Todos los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido, así como sus frutos, rendimientos o productos, deberán destinarse a la satisfacción de las necesidades vitales de su beneficiario, o al mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido.

5. En ningún caso podrán ser administradores las personas o entidades que no puedan ser tutores, conforme a lo establecido en el [Código Civil](#) o en las normas de derecho civil, foral o especial, que, en su caso, fueran aplicables.

6. Cuando no se pudiera designar administrador conforme a las reglas establecidas en el documento público o resolución judicial de constitución, el juez competente proveerá lo que corresponda, a solicitud del Ministerio Fiscal.

7. El administrador del patrimonio protegido, cuando no sea el propio beneficiario del mismo, tendrá la condición de representante legal de éste para todos los actos de administración de los bienes y derechos integrantes del patrimonio protegido, y no requerirá el concurso de los padres o tutor para su validez y eficacia”.

Comentario/Propuesta

Supresión del sistema de sustitución de la voluntad e implantar el de apoyo. Merece especial atención la necesidad de sustituir las expresiones del punto 2: “capacidad de obrar suficiente”, pues, conforme a la Convención, todas las personas con discapacidad tienen reconocida la capacidad de obrar en igualdad de condiciones, por lo que las excepciones deben de estar explícitamente señaladas en la correspondiente sentencia judicial correspondiente; y la del punto 3 “las necesidades derivadas de su minusvalía”, es un término peyorativo y que simplemente se puede eliminar pues no debe de añadir nada a lo que se dice inmediatamente antes “las circunstancias personales de su beneficiario”.

Texto de la norma

“Administración.

1. Cuando el constituyente del patrimonio protegido sea el propio beneficiario del mismo, su administración, cualquiera que sea la procedencia de los bienes y derechos que lo integren, se sujetará a las reglas establecidas en el documento público de constitución.

2. En los demás casos, las reglas de administración, establecidas en el documento público de constitución, deberán prever la obligatoriedad de autorización judicial en los mismos casos en los que se exige en el Código civil.

En ningún caso será necesaria la subasta pública para la enajenación de los bienes o derechos que integran el patrimonio protegido no siendo de aplicación lo establecido al efecto en el título XI del libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, los constituyentes o el administrador, podrán instar al Ministerio Fiscal que solicite del juez competente la excepción de la autorización judicial en determinados supuestos, en atención a la composición del patrimonio, a las circunstancias personales de su beneficiario, las necesidades derivadas de su discapacidad, la solvencia del administrador o cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza.

4. Todos los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido, así como sus frutos, rendimientos o productos, deberán destinarse a la satisfacción de las

necesidades vitales de su beneficiario, o al mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido.

5. En ningún caso podrán ser administradores las personas o entidades que no puedan ser personas de apoyo conforme a lo establecido en el [Código Civil](#) o en las normas de derecho civil, foral o especial, que, en su caso, fueran aplicables.

6. Cuando no se pudiera designar administrador conforme a las reglas establecidas en el documento público o resolución judicial de constitución, el juez competente proveerá lo que corresponda, a solicitud del Ministerio Fiscal.

7. El administrador del patrimonio protegido, cuando no sea el propio beneficiario del mismo, tendrá la condición de representante legal de éste para todos los actos de administración de los bienes y derechos integrantes del patrimonio protegido, y no requerirá el concurso de los padres o tutor para su validez y eficacia”

.- NORMA: Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Art. 6

Contenido:

.- Artículo 6. Extinción.

1. El patrimonio protegido se extingue por la muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario o por dejar éste de tener la condición de persona con discapacidad de acuerdo con el [artículo 2.2 de esta Ley](#).

2. Si el patrimonio protegido se hubiera extinguido por muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario, se entenderá comprendido en su herencia.

Comentario

En interpretación sistemática de la Convención, el artículo 2 desconoce el concepto amplio de discapacidad que se reconstruye a partir del literal e, del preámbulo y de la parte final del artículo 1 del instrumento internacional, al establecer el sistema de grados (de la deficiencia) como el único criterio de evaluación para acceder a los beneficios del patrimonio protegido. Por otro lado, utiliza la expresión “minusvalía”, que es un término de connotación negativa y peyorativa para referirse a esos sujetos susceptibles de vulneración.

Propuesta

Eliminar la expresión “minusvalía”. Este término deberá de sustituirse por el concepto amplia de persona con discapacidad, como lo indica el “el modelo social”, que subyace en la Convención.

Texto de la norma

1. El patrimonio protegido se extingue por la muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario o por dejar éste de cumplir las condiciones establecidas en el [artículo 2.2 de esta Ley](#).

2. Si el patrimonio protegido se hubiera extinguido por muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario, se entenderá comprendido en su herencia.

.- NORMA: Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Art. 7

Contenido

.- Art. 7:

“Supervisión.

1.- La supervisión de la administración del patrimonio protegido corresponde al Ministerio Fiscal, quien instará del juez lo que proceda en beneficio de la persona con discapacidad, incluso la sustitución del administrador, el cambio de las reglas de administración, el establecimiento de medidas especiales de fiscalización, la adopción de cautelas, la extinción del patrimonio protegido o cualquier otra medida de análoga naturaleza.

El Ministerio Fiscal actuará de oficio o a solicitud de cualquier persona, y será oído en todas las actuaciones judiciales relativas al patrimonio protegido.

2. Cuando no sea la propia persona con discapacidad beneficiaria del patrimonio o sus padres, el administrador del patrimonio protegido deberá rendir cuentas de su gestión al Ministerio Fiscal cuando lo determine éste y, en todo caso, anualmente, mediante la remisión de una relación de su gestión y un inventario de los bienes y derechos que lo formen, todo ello justificado documentalmente.

El Ministerio Fiscal podrá requerir documentación adicional y solicitar cuantas aclaraciones estime pertinentes.

3. Como órgano externo de apoyo, auxilio y asesoramiento del Ministerio Fiscal en el ejercicio de las funciones previstas en este artículo, se crea la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, adscrita al Ministerio de Educación, Política Social y Deporte, y en la que participarán, en todo caso, el Ministerio Fiscal y representantes de la asociación de utilidad pública más representativa en el ámbito estatal de los diferentes tipos de discapacidad.

La composición, funcionamiento y funciones de esta Comisión se determinarán reglamentariamente”.

Comentario/Propuesta

La persona con discapacidad debería poder participar en las decisiones a las que hacer referencia el art. 7.1.

Texto de la norma

.- Art. 7:

“Supervisión.

1.- La supervisión de la administración del patrimonio protegido corresponde al Ministerio Fiscal, quien instará del juez lo que proceda en beneficio de la persona con discapacidad oída ésta, incluso la sustitución del administrador, el cambio de las reglas de administración, el establecimiento de medidas especiales de fiscalización, la adopción de cautelas, la extinción del patrimonio protegido o cualquier otra medida de análoga naturaleza.

El Ministerio Fiscal actuará de oficio o a solicitud de cualquier persona, y será oído en todas las actuaciones judiciales relativas al patrimonio protegido.

2. Cuando no sea la propia persona con discapacidad beneficiaria del patrimonio o sus padres, el administrador del patrimonio protegido deberá rendir cuentas de su gestión al Ministerio Fiscal cuando lo determine éste y, en todo caso, anualmente, mediante la remisión de una relación de su gestión y un inventario de los bienes y derechos que lo formen, todo ello justificado documentalmente.

El Ministerio Fiscal podrá requerir documentación adicional y solicitar cuantas aclaraciones estime pertinentes.

3. Como órgano externo de apoyo, auxilio y asesoramiento del Ministerio Fiscal en el ejercicio de las funciones previstas en este artículo, se crea la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, adscrita al Ministerio de Educación, Política Social y Deporte, y en la que participarán, en todo caso, el Ministerio Fiscal y representantes de la asociación de utilidad pública más representativa en el ámbito estatal de los diferentes tipos de discapacidad.

La composición, funcionamiento y funciones de esta Comisión se determinarán reglamentariamente”.

.- NORMA. *Ley 51/2003 de 2 de diciembre de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad. Art. 1. (modificado por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad)*

Contenido

«2. Son personas con discapacidad aquellas que presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

Las medidas de defensa, de arbitraje y de carácter judicial, contempladas en esta Ley serán de aplicación a las personas con discapacidad, con independencia de la existencia de reconocimiento oficial de la situación de discapacidad o de su transitoriedad. En todo caso, las Administraciones públicas velarán por evitar cualquier forma de discriminación que afecte o pueda afectar a las personas con discapacidad

Ello no obstante, a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

La acreditación del grado de discapacidad se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional.»

Comentario

La modificación de la definición de personas con discapacidad operada por la Ley de 1 de agosto de adaptación normativa a la Convención pretende ampliar la definición de personas con discapacidad. La redacción del precepto resulta confusa y finalmente no queda claro si sólo se consideran aplicables a las personas con discapacidad que no hayan obtenido el reconocimiento de un grado de discapacidad del 33%, las medidas de carácter judicial, defensa y arbitraje o también las medidas contra la discriminación. En relación con esta reforma el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad afirma tomar nota de “la aprobación de la Ley Nº 26/2011, que introduce el concepto de las personas con discapacidad, definido en la Convención, y amplía la protección de esas personas”. Sin embargo, señala el Comité que “le preocupa que no todas las personas con discapacidad estén protegidas por la ley” e insta al Estado parte a que vele por que todas las personas con discapacidad gocen de protección contra la

discriminación y tengan igualdad de oportunidades independientemente de su nivel de discapacidad”. Por esta razón se considera necesario modificar la redacción del precepto.

Propuesta

Se propone una modificación de la norma ajustándola a la definición de persona con discapacidad de la Convención.

Texto de la norma

«2. A los efectos de esta ley son personas con discapacidad aquellas que presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

Únicamente podrá exigirse el reconocimiento de un grado de discapacidad del 33% para acceder a algunas prestaciones o medidas de acción positiva. A estos efectos, se considerarán que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

La acreditación del grado de discapacidad se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional.»

.- NORMA Ley 14/2006, Técnicas de Reproducción Humana Asistida (art. 3).

Contenido

Artículo 3. Condiciones personales de la aplicación de las técnicas.

1. Las técnicas de reproducción asistida se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y de las condiciones de dicha aplicación.

2. En el caso de la fecundación in vitro y técnicas afines, sólo se autoriza la transferencia de un máximo de tres preembriones en cada mujer en cada ciclo reproductivo.

3. La información y el asesoramiento sobre estas técnicas, que deberá realizarse tanto a quienes deseen recurrir a ellas como a quienes, en su caso, vayan a actuar como donantes, se extenderá a los aspectos biológicos, jurídicos y éticos de aquéllas, y deberá precisar igualmente la información relativa a las condiciones económicas del tratamiento. Incumbirá la obligación de que se proporcione dicha información en las condiciones adecuadas que faciliten su comprensión a los responsables de los equipos médicos que lleven a cabo su aplicación en los centros y servicios autorizados para su práctica.

4. La aceptación de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida por cada mujer receptora de ellas quedará reflejada en un formulario de consentimiento informado en el que se hará mención expresa de todas las condiciones concretas de cada caso en que se lleve a cabo su aplicación.

5. La mujer receptora de estas técnicas podrá pedir que se suspenda su

aplicación en cualquier momento de su realización anterior a la transferencia embrionaria, y dicha petición deberá atenderse.

6. Todos los datos relativos a la utilización de estas técnicas deberán recogerse en historias clínicas individuales, que deberán ser tratadas con las debidas garantías de confidencialidad respecto de la identidad de los donantes, de los datos y condiciones de los usuarios y de las circunstancias que concurran en el origen de los hijos así nacidos. No obstante, se tratará de mantener la máxima integración posible de la documentación clínica de la persona usuaria de las técnicas.

Comentario/Propuesta

En este ámbito de la reproducción humana asistida, debe procederse a hacer la adaptación, en primer lugar, garantizando que la mujer en quien se va a aplicar la técnica, recibe toda la información necesaria para la toma de decisiones en un formato accesible y adaptado a sus necesidades. De igual modo, debe garantizarse que cuenta con los apoyos necesarios en el proceso de toma de decisión.

Texto de la norma

Artículo 3. Condiciones personales de la aplicación de las técnicas.

1. Las técnicas de reproducción asistida se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y de las condiciones de dicha aplicación. La información deberá transmitirse de forma accesible y según las necesidades de la mujer. De igual forma se debe asegurar que el proceso de toma de decisión la mujer afectada cuente los apoyos necesarios.

2. En el caso de la fecundación in vitro y técnicas afines, sólo se autoriza la transferencia de un máximo de tres preembriones en cada mujer en cada ciclo reproductivo.

3. La información y el asesoramiento sobre estas técnicas, que deberá realizarse tanto a quienes deseen recurrir a ellas como a quienes, en su caso, vayan a actuar como donantes, se extenderá a los aspectos biológicos, jurídicos y éticos de aquéllas, y deberá precisar igualmente la información relativa a las condiciones económicas del tratamiento. Incumbirá la obligación de que se proporcione dicha información en las condiciones adecuadas que faciliten su comprensión a los responsables de los equipos médicos que lleven a cabo su aplicación en los centros y servicios autorizados para su práctica.

4. La aceptación de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida por cada mujer receptora de ellas quedará reflejada en un formulario de consentimiento informado en el que se hará mención expresa de todas las condiciones concretas de cada caso en que se lleve a cabo su aplicación. Dicho formulario deberá estar adaptado a las necesidades de cada persona para que pueda manifestar su voluntad inequívoca.

5. La mujer receptora de estas técnicas podrá pedir que se suspenda su aplicación en cualquier momento de su realización anterior a la transferencia embrionaria, y dicha petición deberá atenderse.

6. Todos los datos relativos a la utilización de estas técnicas deberán recogerse en historias clínicas individuales, que deberán ser tratadas con las

debidas garantías de confidencialidad respecto de la identidad de los donantes, de los datos y condiciones de los usuarios y de las circunstancias que concurran en el origen de los hijos así nacidos. No obstante, se tratará de mantener la máxima integración posible de la documentación clínica de la persona usuaria de las técnicas.

NORMA Ley 14/2006, Técnicas de Reproducción Humana Asistida (art. 5)

Contenido

Artículo 5. Donantes y contratos de donación.

1. La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado.

2. La donación sólo será revocable cuando el donante precisase para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquéllos estén disponibles. A la revocación procederá la devolución por el donante de los gastos de todo tipo originados al centro receptor.

3. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta. Cualquier actividad de publicidad o promoción por parte de centros autorizados que incentive la donación de células y tejidos humanos deberá respetar el carácter altruista de aquélla, no pudiendo, en ningún caso, alentar la donación mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos. El Ministerio de Sanidad y Consumo, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, fijará periódicamente las condiciones básicas que garanticen el respeto al carácter gratuito de la donación.

«4. El contrato se formalizará por escrito entre los donantes y el centro autorizado. Antes de la formalización, los donantes habrán de ser informados de los fines y consecuencias del acto. La información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad.»

5. La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan. Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones. Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes.

6. Los donantes deberán tener más de 18 años, buen estado de salud

psicofísica y plena capacidad de obrar. Su estado psicofísico deberá cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes que incluirá sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas necesarias para demostrar, según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes en el momento de su realización, que los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia. Estas mismas condiciones serán aplicables a las muestras de donantes procedentes de otros países; en este caso, los responsables del centro remitidor correspondiente deberán acreditar el cumplimiento de todas aquellas condiciones y pruebas cuya determinación no se pueda practicar en las muestras enviadas a su recepción. En todo caso, los centros autorizados podrán rechazar la donación cuando las condiciones psicofísicas del donante no sean las adecuadas.

7. El número máximo autorizado de hijos nacidos en España que hubieran sido generados con gametos de un mismo donante no deberá ser superior a seis. A los efectos del mantenimiento efectivo de ese límite, los donantes deberán declarar en cada donación si han realizado otras previas, así como las condiciones de éstas, e indicar el momento y el centro en el que se hubieran realizado dichas donaciones. Será responsabilidad de cada centro o servicio que utilice gametos de donantes comprobar de manera fehaciente la identidad de los donantes, así como, en su caso, las consecuencias de las donaciones anteriores realizadas en cuanto a la generación de hijos nacidos previamente. Si se acreditase que el número de éstos superaba el límite establecido, se procederá a la destrucción de las muestras procedentes de ese donante. A partir de la entrada en funcionamiento del Registro nacional de donantes a que se refiere el artículo 21, la comprobación de dichos datos podrá hacerse mediante consulta al registro correspondiente.

8. Las disposiciones de este artículo serán de aplicación a los supuestos de donación de gametos sobrantes no utilizados en la reproducción de la propia pareja para la reproducción de personas ajenas a ella.

Comentario/Propuesta

Este artículo es un reto en la adaptación de la Convención ya que debemos decidir si el donante puede ser una persona que tiene una enfermedad genética, hereditaria o infecciosa que se transmite a través del material que se está donando. La actual regulación impediría, por ejemplo, ser donante a una persona sorda cuya sordera fuera de origen genético, o a una persona con VIH cuyo semen puede no ser transmisor si es sometido a un proceso de lavado. Una opción, respetuosa con la Convención, es que entre la información que se debe dar a los receptores de gametos se encuentren los datos psicofísicos del donante y que sean ellos –los receptores– quienes decidan. Por otro lado, la norma ha sido modificada por la Ley de adaptación normativa a la Convención, incluyendo la referencia a la accesibilidad de la información. En todo caso, esta reforma se considera insuficiente, pues deberían mencionarse explícitamente los apoyos. También es imprescindible hacer alusión a la aceptabilidad de cualquier medio que permita conocer la voluntad inequívoca de una persona.

Texto de la norma

Artículo 5. Donantes y contratos de donación.

1. La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado.

2. La donación sólo será revocable cuando el donante precisase para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquéllos estén disponibles. A la revocación procederá la devolución por el donante de los gastos de todo tipo originados al centro receptor.

3. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta. Cualquier actividad de publicidad o promoción por parte de centros autorizados que incentive la donación de células y tejidos humanos deberá respetar el carácter altruista de aquélla, no pudiendo, en ningún caso, alentar la donación mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos. El Ministerio de Sanidad y Consumo, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, fijará periódicamente las condiciones básicas que garanticen el respeto al carácter gratuito de la donación.

4. El contrato entre donantes y centro autorizado, se formalizará por escrito o por cualquier medio comprensible, archivable y documentable. Antes de la formalización, los donantes, que deberán haber contado con los apoyos necesarios, habrán de ser informados en formatos adecuados siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles y atendiendo a sus necesidades de los fines y consecuencias del acto.

5. La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan. Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones. Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes.

6. Los donantes deberán ser mayores de edad y estar en buen estado de salud psicofísica. Prestarán su consentimiento informado contando, en su caso, con los apoyos precisos. Su estado psicofísico deberá cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes que incluirá sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas necesarias para demostrar, según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes en el momento de su realización, que los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia. Estas mismas condiciones serán aplicables a las muestras de donantes procedentes de otros países; en este caso, los responsables del centro remitidor correspondiente deberán acreditar el cumplimiento de todas aquellas condiciones y pruebas cuya determinación no se pueda practicar en las muestras enviadas a su recepción. En todo caso, los centros autorizados podrán rechazar la donación cuando las condiciones psicofísicas del donante no sean las adecuadas.

7. El número máximo autorizado de hijos nacidos en España que hubieran sido generados con gametos de un mismo donante no deberá ser superior a seis. A los efectos del mantenimiento efectivo de ese límite, los donantes deberán declarar en cada donación si han realizado otras previas, así como las condiciones de éstas, e indicar el momento y el centro en el que se hubieran realizado dichas donaciones. Será responsabilidad de cada centro o servicio que utilice gametos de donantes comprobar de manera fehaciente la identidad de los donantes, así como, en su caso, las consecuencias de las donaciones anteriores realizadas en cuanto a la generación de hijos nacidos previamente. Si se acreditase que el número de éstos superaba el límite establecido, se procederá a la destrucción de las muestras procedentes de ese donante. A partir de la entrada en funcionamiento del Registro nacional de donantes a que se refiere el artículo 21, la comprobación de dichos datos podrá hacerse mediante consulta al registro correspondiente.

8. Las disposiciones de este artículo serán de aplicación a los supuestos de donación de gametos sobrantes no utilizados en la reproducción de la propia pareja para la reproducción de personas ajenas a ella.

NORMA Ley 14/2006, Técnicas de Reproducción Humana Asistida (art. 6)

Contenido

Artículo 6. Usuarios de las técnicas.

1. Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa.

La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual.

2. Entre la información proporcionada a la mujer, de manera previa a la firma de su consentimiento, para la aplicación de estas técnicas se incluirá, en todo caso, la de los posibles riesgos, para ella misma durante el tratamiento y el embarazo y para la descendencia, que se puedan derivar de la maternidad a una edad clínicamente inadecuada.

3. Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal.

4. La información y el consentimiento a que se refieren los apartados anteriores deberán realizarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad.

5. En la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, la elección del donante de semen sólo podrá realizarse por el equipo médico que aplica la técnica, que deberá preservar las condiciones de anonimato de la donación. En ningún caso podrá seleccionarse personalmente el donante a petición de la receptora. En todo caso, el equipo médico correspondiente deberá procurar garantizar la mayor similitud fenotípica e inmunológica posible de las muestras disponibles con la mujer receptora.

Comentario/Propuesta

En esta norma se regulan las condiciones que deben tener las personas que vayan a ser usuarias de las técnicas de reproducción humana asistida. Se debe insistir de nuevo en la necesidad de contar con los apoyos necesarios en el proceso de toma de decisiones y de una información accesible y adaptada a las necesidades de las personas con discapacidad. Igualmente la referencia a la plena capacidad de obrar debería ser eliminada por resultar discriminatoria e incompatible con las normas de la Convención.

La reciente Ley 26/2011, de Adaptación Normativa a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, sólo hace referencia a la accesibilidad de la información pero no menciona expresamente los apoyos.

Texto de la norma

Artículo 6. Usuarios de las técnicas.

1. Toda mujer mayor de 18 años podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento por escrito o por cualquier medio comprensible, archivable y documentable que permita conocer su voluntad inequívoca a su utilización de manera libre, consciente y expresa.

La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual.

2. Entre la información proporcionada a la mujer, de manera previa a la firma de su consentimiento, para la aplicación de estas técnicas se incluirá, en todo caso, la de los posibles riesgos, para ella misma durante el tratamiento y el embarazo y para la descendencia, que se puedan derivar de la maternidad a una edad clínicamente inadecuada. La información deberá estar adaptada a sus necesidades y en un formato accesible.

3. Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas y contando con los apoyos necesarios, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal.

4. La información y el consentimiento a que se refieren los apartados anteriores deberán realizarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles para todas las personas, incluidas personas con discapacidad. Las personas que lo precisen tendrán derecho a las medidas de apoyo que resulten necesarias para la comprensión de la información y la prestación del consentimiento. El consentimiento prestado por una persona que cuenta con un plan personalizado de medidas de apoyo deberá realizarse de conformidad con lo señalado en dicho plan. El médico responsable asegurará y hará constar que estas personas han contado con los apoyos necesarios en el proceso de toma de decisiones y velará por su adecuado funcionamiento de acuerdo con lo señalado en los arts. XX y ss. del Código civil.

5. En la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, la elección del donante de semen sólo podrá realizarse por el equipo médico que aplica la técnica, que deberá preservar las condiciones de anonimato de la donación. En ningún caso podrá seleccionarse personalmente el donante a petición de la receptora. En todo caso, el equipo médico correspondiente deberá procurar

garantizar la mayor similitud fenotípica e inmunológica posible de las muestras disponibles con la mujer receptora.

NORMA Ley 14/2006, Técnicas de Reproducción Humana Asistida (art. 11)

Contenido:

Artículo 11. Crioconservación de gametos y preembriones.

6. El consentimiento para dar a los preembriones o gametos crioconservados cualquiera de los destinos citados podrá ser modificado en cualquier momento anterior a su aplicación.

En el caso de los preembriones, cada dos años, como mínimo, se solicitará de la mujer o de la pareja progenitora la renovación o modificación del consentimiento firmado previamente. Si durante dos renovaciones consecutivas fuera imposible obtener de la mujer o de la pareja progenitora la firma del consentimiento correspondiente, y se pudieran demostrar de manera fehaciente las actuaciones llevadas a cabo con el fin de obtener dicha renovación sin obtener la respuesta requerida, los preembriones quedarán a disposición de los centros en los que se encuentren crioconservados, que podrán destinarlos conforme a su criterio a cualquiera de los fines citados, manteniendo las exigencias de confidencialidad y anonimato establecidas y la gratuidad y ausencia de ánimo de lucro.

Con anterioridad a la prestación del consentimiento, se deberá informar a la pareja progenitora o a la mujer, en su caso, de lo previsto en los párrafos anteriores de este apartado.

7. La información y el consentimiento a que se refieren los apartados anteriores deberán realizarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad.

Comentario:

La Ley de adaptación normativa a la Convención ha añadido un nuevo número, el 7, al art. 11 para hacer referencia a la accesibilidad de la información y la expresión del consentimiento. Sin embargo, se considera imprescindible incluir la alusión expresa a los apoyos.

Propuesta

Modificación del texto.

Texto

Artículo 11. Crioconservación de gametos y preembriones.

6. El consentimiento para dar a los preembriones o gametos crioconservados cualquiera de los destinos citados podrá ser modificado en cualquier momento anterior a su aplicación.

En el caso de los preembriones, cada dos años, como mínimo, se solicitará de la mujer o de la pareja progenitora la renovación o modificación del consentimiento firmado previamente. Si durante dos renovaciones consecutivas fuera imposible obtener de la mujer o de la pareja progenitora la firma del consentimiento correspondiente, y se pudieran demostrar de manera fehaciente las actuaciones llevadas a cabo con el fin de

obtener dicha renovación sin obtener la respuesta requerida, los preembriones quedarán a disposición de los centros en los que se encuentren criopreservados, que podrán destinarlos conforme a su criterio a cualquiera de los fines citados, manteniendo las exigencias de confidencialidad y anonimato establecidas y la gratuidad y ausencia de ánimo de lucro.

Con anterioridad a la prestación del consentimiento, se deberá informar a la pareja progenitora o a la mujer, en su caso, de lo previsto en los párrafos anteriores de este apartado.

7. La información y el consentimiento a que se refieren los apartados anteriores deberán realizarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles para todas las personas, incluidas las personas con discapacidad. Las personas que lo precisen tendrán derecho a los apoyos que resulten necesarios para la comprensión de la información y la prestación del consentimiento. El consentimiento prestado por una persona que cuenta con un plan personalizado de medidas de apoyo deberá realizarse de conformidad con lo señalado en dicho plan

NORMA Ley 14/2006, Técnicas de Reproducción Humana Asistida (art. 15)

Contenido:

Artículo 15. Utilización de preembriones con fines de investigación.

1. La investigación o experimentación con preembriones sobrantes procedentes de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida sólo se autorizará si se atiende a los siguientes requisitos:

«a) Que se cuente con el consentimiento escrito de la pareja o, en su caso, de la mujer, previa explicación pormenorizada de los fines que se persiguen con la investigación y sus implicaciones. Dichos consentimientos especificarán en todo caso la renuncia de la pareja o de la mujer, en su caso, a cualquier derecho de naturaleza dispositiva, económica o patrimonial sobre los resultados que pudieran derivarse de manera directa o indirecta de las investigaciones que se lleven a cabo. La información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad.

Justificación:

En la misma línea que lo señalado en relación con el art. 11 también la Ley de adaptación normativa a la Convención ha añadido la letra a) al art. 15 para hacer referencia a la accesibilidad de la información y la expresión del consentimiento. Sin embargo, se considera imprescindible en este punto incluir, de nuevo, la alusión expresa a los apoyos.

Propuesta

Modificación del precepto

Texto

Artículo 15. Utilización de preembriones con fines de investigación.

1. La investigación o experimentación con preembriones sobrantes procedentes de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida sólo se autorizará si se atiende a los siguientes requisitos

«a) Que se cuente con el consentimiento escrito de la pareja o, en su caso, de la mujer, previa explicación pormenorizada de los fines que se persiguen con la investigación y sus implicaciones. Dichos consentimientos especificarán en todo caso la renuncia de la pareja o de la mujer, en su caso, a cualquier derecho de naturaleza dispositiva, económica o patrimonial sobre los resultados que pudieran derivarse de manera directa o indirecta de las investigaciones que se lleven a cabo. La información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad. Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de los apoyos que resulten necesarios para la comprensión de la información y la prestación del consentimiento. El consentimiento prestado por una persona que cuenta con un plan personalizado de medidas de apoyo deberá realizarse de conformidad con lo señalado en dicho plan

NORMA Ley 14/2006, Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Disposición adicional 5ª.

Contenido

Disposición adicional quinta. Garantía de no discriminación de las personas con discapacidad.

Con arreglo a lo dispuesto en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, las personas con discapacidad gozarán de los derechos y facultades reconocidos en esta Ley, no pudiendo ser discriminadas por razón de discapacidad en el acceso y utilización de las técnicas de reproducción humana asistida. Asimismo, la información y el asesoramiento a que se refiere esta ley se prestarán a las personas con discapacidad en condiciones y formatos accesibles apropiados a sus necesidades.

Comentario/Propuesta

Su adecuación a la Convención debe venir por la profundización de la idea de igualdad ya que debe garantizarse que las personas con discapacidad, ya sea como donantes o como receptores, van a tener los mismos derechos.

Texto de la norma

Disposición adicional quinta. Garantía de no discriminación de las personas con discapacidad.

Con arreglo a lo dispuesto en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, las personas con discapacidad gozarán de los derechos y facultades reconocidos en esta Ley, no pudiendo ser discriminadas por razón de discapacidad ya sea como donantes o como receptores en el acceso y utilización de las técnicas de reproducción humana asistida. Asimismo, la información y el asesoramiento a que se refiere esta ley se prestarán a las personas con discapacidad en formatos accesibles y en condiciones adecuadas a sus necesidades. Ello incluirá la realización de ajustes razonables y el uso de los apoyos que se estimen necesarios.

- NORMA. Ley 39/2006 de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia. Art. 2.

Contenido

Artículo 2. Definiciones.

A efectos de la presente Ley, se entiende por:

1. Autonomía: la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria.

2. Dependencia: el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal.

(...)

4. Necesidades de apoyo para la autonomía personal: las que requieren las personas que tienen discapacidad intelectual o mental para hacer efectivo un grado satisfactorio de autonomía personal en el seno de la comunidad.

(...)

Comentario/Propuesta

En este artículo se debería mejorar la redacción y se debería incluir el diverso mundo de la discapacidad en la definición de ‘necesidad de apoyo para la autonomía personal’

Texto de la norma

Artículo 2. Definiciones.

A efectos de la presente Ley, se entiende por:

1. Autonomía personal: la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria.

2. Dependencia: la situación en la que se encuentran las personas que debido a la falta o a la pérdida de la autonomía física, mental o sensorial, precisan de algún tipo de ayuda y asistencia para realizar actividades básicas de la vida diaria. La dependencia podría también estar originada o verse agravada por la ausencia de integración social, relaciones solidarias, entornos accesibles y recursos adecuados.

(...)

4. Necesidades de apoyo para la autonomía personal: las que requieren las personas que tienen discapacidad física, sensorial, intelectual o mental para hacer efectivo un grado satisfactorio de autonomía personal en el seno de la comunidad.

(...)

.- NORMA. Ley 39/2006 de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia. Art. 4.

Contenido

Derechos y obligaciones de las personas en situación de dependencia.

“2. Asimismo, las personas en situación de dependencia disfrutarán de todos los derechos establecidos en la legislación vigente, y con carácter especial de los siguientes:

- m. A disfrutar de los derechos humanos y libertades fundamentales, con pleno respeto de su dignidad e intimidad.*
- n. A recibir, en términos comprensibles y accesibles, información completa y continuada relacionada con su situación de dependencia.*
- o. A ser advertido de si los procedimientos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación, siendo necesaria la previa autorización, expresa y por escrito, de la persona en situación de dependencia o quien la represente.*
- p. A que sea respetada la confidencialidad en la recogida y el tratamiento de sus datos, de acuerdo con la [Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal](#).*
- q. A participar en la formulación y aplicación de las políticas que afecten a su bienestar, ya sea a título individual o mediante asociación.*
- r. A decidir, cuando tenga capacidad de obrar suficiente, sobre la tutela de su persona y bienes, para el caso de pérdida de su capacidad de autogobierno.*
- s. A decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial.*
- t. Al ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios, garantizándose un proceso contradictorio.*
- u. Al ejercicio pleno de sus derechos patrimoniales.*
- v. A iniciar las acciones administrativas y jurisdiccionales en defensa del derecho que reconoce la presente Ley en el apartado 1 de este artículo. En el caso de los menores o personas incapacitadas judicialmente, estarán legitimadas para actuar en su nombre quienes ejerzan la patria potestad o quienes ostenten la representación legal.*
- w. A la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, en cualquiera de los ámbitos de desarrollo y aplicación de esta Ley.*
- x. A no sufrir discriminación por razón de orientación o identidad sexual*

3. Los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para promover y garantizar el respeto de los derechos enumerados en el párrafo anterior, sin más limitaciones en su ejercicio que las directamente derivadas de la falta de capacidad de obrar que determina su situación de dependencia.

4. Las personas en situación de dependencia y, en su caso, familiares o quienes les representen, así como los centros de asistencia, estarán obligados a suministrar toda la información y datos que les sean requeridos por las Administraciones competentes, para la valoración de su grado y nivel de dependencia; a comunicar todo tipo de ayudas personalizadas que reciban, y a aplicar las prestaciones económicas a las finalidades para las que fueron otorgadas; o a cualquier otra obligación prevista en la legislación vigente.

Las personas en situación de dependencia y, en su caso, sus familiares o quienes les representen, no estarán obligados a aportar información, datos o documentación que

obren ya en poder de la Administración Pública que los solicite o que, de acuerdo con la legislación vigente, pueda ésta obtener por sus propios medios”.

Comentario

Este artículo establece un catálogo específico de derechos que la ley confiere a las personas en situación de dependencia, reconociendo que dichas personas también son titulares de todos los derechos establecidos en la legislación vigente. Algunas de las previsiones de esta disposición claramente van en contra de lo dispuesto en el artículo 12° de la Convención, desconociendo uno de los pilares esenciales en los que está fundado este nuevo instrumento de derechos humanos y que tiene que ver con el pleno reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas en situación de dependencia. De esta forma, la Convención aboga por un sistema de apoyo para la toma de decisiones, lo que obliga a efectuar una revisión exhaustiva de las normas que están redactadas sobre la base del modelo clásico de sustitución de la voluntad.

Propuesta

Se propone la modificación del artículo 4 de la Ley 39/2006

Texto de la norma

Derechos y obligaciones de las personas en situación de dependencia.

“2. Asimismo, las personas en situación de dependencia disfrutarán de todos los derechos establecidos en la legislación vigente, y con carácter especial de los siguientes:

- m. A disfrutar de los derechos humanos y libertades fundamentales, con pleno respeto de su dignidad e intimidad.*
- n. A recibir, en términos comprensibles y accesibles, información completa y continuada relacionada con su situación de dependencia.*
- o. A ser advertido de si los procedimientos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación, siendo necesaria la previa autorización, expresa y por escrito, o por cualquier medio archivable y documentable que manifieste la voluntad inequívoca, de la persona en situación de dependencia. La información deberá ser accesible y adaptada a las necesidades de la persona.*
- p. A que sea respetada la confidencialidad en la recogida y el tratamiento de sus datos, de acuerdo con la [Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal](#).*
- q. A participar en la formulación y aplicación de las políticas que afecten a su bienestar, ya sea a título individual o mediante asociación.*
- r. A tomar sus propias decisiones sobre su persona y sus bienes.*
- s. A decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial.*
- t. Al ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en el caso de ingresos involuntarios, garantizándose un proceso contradictorio*
- u. Al ejercicio pleno de sus derechos patrimoniales.*
- v. A iniciar las acciones administrativas y jurisdiccionales en defensa del derecho que reconoce la presente Ley en el apartado 1 de este artículo. En el caso de los menores estarán legitimadas para actuar en su nombre quienes ejerzan la patria potestad o quienes ostenten la representación legal.*
- w. A la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, en cualquiera de los ámbitos de desarrollo y aplicación de esta Ley.*
- x. A no sufrir discriminación por razón de orientación o identidad sexual*

3. Los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para promover y garantizar el respeto de los derechos enumerados en el párrafo anterior. Las personas en situación de dependencia que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de los apoyos que puedan necesitar para el ejercicio de los derechos anteriores. Los centros de asistencia de personas en situación de dependencia tendrán la obligación de promover el establecimiento de un plan personalizado de medidas de apoyo cuando su inexistencia pueda impedir el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona o causarle un perjuicio grave de acuerdo con lo señalado en el art. 201 del Código civil.

4. Las personas en situación de dependencia y, en su caso, familiares o personas de apoyo, así como los centros de asistencia, estarán obligados a suministrar toda la información y datos que les sean requeridos por las Administraciones competentes, para la valoración de su grado y nivel de dependencia; a comunicar todo tipo de ayudas personalizadas que reciban, y a aplicar las prestaciones económicas a las finalidades para las que fueron otorgadas; o a cualquier otra obligación prevista en la legislación vigente.

Las personas en situación de dependencia y, en su caso, sus familiares o personas de apoyo o estarán obligados a aportar información, datos o documentación que obren ya en poder de la Administración Pública que los solicite o que, de acuerdo con la legislación vigente, pueda ésta obtener por sus propios medios”.

.- NORMA. *Ley 39/2006 de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia. Art. 28.*

Contenido

Procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema.

“1. El procedimiento se iniciará a instancia de la persona que pueda estar afectada por algún grado de dependencia o de quien ostente su representación, y su tramitación se ajustará a las previsiones establecidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con las especificidades que resulten de la presente Ley”. (Subrayado fuera de texto)

Comentario

La norma establece el procedimiento que deberá seguirse para el reconocimiento de la situación de dependencia. Sin embargo, esta ley entiende la discapacidad como una cuestión patológica, originada en factores personales. Esto claramente contraviene lo dispuesto en la Convención, donde se concibe a la discapacidad como una situación compleja resultante de múltiples factores, tanto sociales como individuales. En consecuencia, la presente norma -basándose en el término “persona afectada”- considera la discapacidad como una enfermedad, circunscribiendo dicha cuestión a un asunto de carácter médico y apartándose de los lineamientos del modelo social de la discapacidad.

Propuesta

Se propone la modificación de la norma.

Texto de la norma

1. El procedimiento se iniciará a instancia de la persona en situación de dependencia o de quien ostente su representación o desempeñe funciones de apoyo obligatorio, y su tramitación se ajustará a las previsiones establecidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con las especificidades que resulten de la presente Ley”.

NORMA Ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia (art. 29)

Contenido

Artículo 29. Programa Individual de Atención.

1. En el marco del procedimiento de reconocimiento de la situación de dependencia y las prestaciones correspondientes, los servicios sociales correspondientes del sistema público establecerán un Programa Individual de Atención en el que se determinarán las modalidades de intervención más adecuadas a sus necesidades de entre los servicios y prestaciones económicas previstos en la resolución para su grado y nivel, con la participación previa consulta y, en su caso, elección entre las alternativas propuestas del beneficiario y, en su caso, de su familia o entidades tutelares que le represente.

2. El programa individual de atención será revisado:

a) A instancia del interesado y de sus representantes legales.

(...)

Comentario/Propuesta

La adecuación de esta norma referente al Programa Individual de Atención exige que la persona en situación de dependencia haya contado con los apoyos necesarios en el proceso de toma de decisiones y que la información sea accesible y esté adaptada a las necesidades de las personas.

Texto de la norma

Artículo 29. Programa Individual de Atención.

1. En el marco del procedimiento de reconocimiento de la situación de dependencia y las prestaciones correspondientes, los servicios sociales correspondientes del sistema público establecerán un Programa Individual de Atención en el que se determinarán las modalidades de intervención más adecuadas a sus necesidades de entre los servicios y prestaciones económicas previstos en la resolución para su grado y nivel, con la participación previa consulta y elección entre las alternativas propuestas del beneficiario. La persona en situación de dependencia recibirá la información necesaria para la realización de esta elección en formatos accesibles y tendrá derecho a que se adopten los ajustes razonables necesarios. Las personas en situación de dependencia que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de los apoyos necesarios para realizar su elección. En el caso de la que la persona no pueda conformar o expresar su voluntad por ningún medio realizarán esta elección las personas de apoyo teniendo en cuenta la identidad de la persona en situación de dependencia, su historia de vida y sus circunstancias personales y sociales.

2. El programa individual de atención será revisado:
a) A instancia del interesado y de sus personas de apoyo de conformidad con la legislación civil.
(...)

.- NORMA: Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica. Art. 4.1 y 4.2

Contenido

1. Se respetará la libre autonomía de las personas que puedan participar en una investigación biomédica o que puedan aportar a ella sus muestras biológicas, para lo que será preciso que hayan prestado previamente su consentimiento expreso y escrito una vez recibida la información adecuada.

La información se proporcionará por escrito y comprenderá la naturaleza, importancia, implicaciones y riesgos de la investigación, en los términos que establece esta Ley.

La información se prestará a las personas con discapacidad en condiciones y formatos accesibles apropiados a sus necesidades.

Si el sujeto de la investigación no pudiera escribir, el consentimiento podrá ser prestado por cualquier medio admitido en derecho que permita dejar constancia de su voluntad.

2. Se otorgará el consentimiento por representación cuando la persona esté incapacitada legalmente o sea menor de edad, siempre y cuando no existan otras alternativas para la investigación.

La prestación del consentimiento por representación será proporcionada a la investigación a desarrollar y se efectuará con respeto a la dignidad de la persona y en beneficio de su salud.

Las personas incapacitadas y los menores participarán en la medida de lo posible y según su edad y capacidades en la toma de decisiones a lo largo del proceso de investigación.

3. Las personas que participen en una investigación biomédica podrán revocar su consentimiento en cualquier momento, sin perjuicio de las limitaciones que establece esta Ley. Las personas o entidades que hayan recibido dicho consentimiento dispondrán las medidas que sean necesarias para el efectivo ejercicio de este derecho.

4. La falta de consentimiento o la revocación del consentimiento previamente otorgado no supondrá perjuicio alguno en la asistencia sanitaria del sujeto.

5. Toda persona tiene derecho a ser informada de sus datos genéticos y otros de carácter personal que se obtengan en el curso de una investigación biomédica, según los términos en que manifestó su voluntad. El mismo derecho se reconoce a la persona que haya aportado, con la finalidad indicada, muestras biológicas, o cuando se hayan obtenido otros materiales biológicos a partir de aquéllos.

Se respetará el derecho de la persona a decidir que no se le comuniquen los datos a los que se refiere el apartado anterior, incluidos los descubrimientos inesperados que se pudieran producir. No obstante, cuando esta información, según criterio del médico responsable, sea necesaria para evitar un grave perjuicio para su salud o la de sus familiares biológicos, se informará a un familiar próximo o a un representante, previa consulta del comité asistencial si lo hubiera. En todo caso, la comunicación se limitará exclusivamente a los datos necesarios para estas finalidades.

Comentario

Este artículo restringe el derecho de ciertas personas, al no considerar su libertad de expresar sus deseos y opiniones. Por tanto estas personas son consideradas como “objeto” de investigación y no como sujetos de ella.

Se enfrenta al art. 12 de la Convención al utilizar el modelo de sustitución de la voluntad.

Propuesta

En relación con el apartado 1 habría que contemplar las medidas de apoyo y mejorar la exigencia de accesibilidad de la información y el consentimiento. En relación con el segundo habría que modificar, primero los términos que se utilizan para que sean más determinados y específicos (por ejemplo en relación a que “se le admite su participación durante su investigación en la “medida de los posible”), con el objetivo de que se permita sin ningún requerimiento la participación de la persona con discapacidad.

Habría que suprimir el párrafo del encabezado del numeral 2 del artículo 4 al estar redactado en conformidad con el modelo de sustitución.

Debe suprimirse, en la misma línea, el término de incapacitación.

Texto de la norma

1. Se respetará la libre autonomía de las personas que puedan participar en una investigación biomédica o que puedan aportar a ella sus muestras biológicas, para lo que será preciso que hayan prestado previamente su consentimiento expreso y escrito o por cualquier medio comprensible, archivable y documentable que permita dejar constancia de su voluntad, una vez recibida la información adecuada.

La información se proporcionará en formatos accesibles, adecuados a las necesidades de la persona y comprenderá la naturaleza, importancia, implicaciones y riesgos de la investigación, en los términos que establece esta Ley

Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de los apoyos que resulten necesarios para la comprensión de la información y la prestación del consentimiento. Las personas que cuenten con un plan personalizado de medidas de apoyo, deberán otorgar su consentimiento de conformidad con lo establecido en dicho plan.

“Consentimiento informado y derecho a la información.

“2. Se otorgará el consentimiento por representación cuando la persona sea menor de edad. En el caso de que una persona mayor de edad no pueda conformar o expresar por ningún medio su voluntad y preferencias y siempre y cuando no existan otras alternativas para la investigación el consentimiento podrá ser prestado por la persona que desempeña apoyos obligatorios.

La prestación del consentimiento por representación o por persona que desempeña apoyos obligatorios, será proporcionada a la investigación a desarrollar y se efectuará con respeto a la identidad de la persona, su historia de vida y sus circunstancias personales y sociales.

Los menores de edad participarán en la mayor medida posible y de acuerdo con sus condiciones de madurez en la toma de decisiones a lo largo de todo el proceso de investigación.

.- NORMA Ley 14/2007, Investigación Biomédica (art. 13)

Contenido

Artículo 13. Consentimiento.

La realización de una investigación sobre una persona requerirá el consentimiento expreso, específico y escrito de aquélla, o de su representante legal, de acuerdo con los principios generales enunciados en el artículo 4 de esta Ley.

Comentario/Propuesta

Se debe garantizar que las personas con discapacidad puedan expresar su voluntad por cualquier medio aceptado en Derecho para manifestar su voluntad inequívoca.

Texto de la norma

Artículo 13. Consentimiento.

La realización de una investigación sobre una persona requerirá su consentimiento expreso, específico por escrito o por cualquier medio comprensible, archivable y documentable que permita dejar constancia de su voluntad de acuerdo con los principios generales enunciados en el artículo 4 de esta Ley. Los mismos requisitos cumplirá el consentimiento otorgado por su representante legal o persona de apoyo.

.- NORMA Ley 14/2007, Investigación Biomédica (art. 15)

Contenido

Artículo 15. Información a los sujetos participantes en la investigación.

1. Las personas a las que se solicite su participación en un proyecto de investigación recibirán previamente la necesaria información, debidamente documentada y en forma comprensible y cuando se trate de personas con discapacidad de forma adecuada a sus circunstancias.

Comentario/Propuesta

Se debe garantizar en el proceso de toma de decisiones que las personas con discapacidad cuenten con los apoyos necesarios y que la información sea accesible y adaptada a las necesidades de la persona.

Texto de la norma

Artículo 15. Información a los sujetos participantes en la investigación.

Las personas a las que se solicite su participación en un proyecto de investigación recibirán previamente la necesaria información, debidamente documentada, en un formato accesible y en forma comprensible y adecuada a sus circunstancias. Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de los apoyos necesarios que faciliten la comprensión de dicha información.

.- NORMA: Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica. Art. 20.

Contenido

Protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento.

“1. La investigación sobre una persona menor o incapaz de obrar, salvo que, en atención a su grado de discernimiento, la resolución judicial de incapacitación le autorizase para prestar su consentimiento a la investigación, únicamente podrá ser realizada si concurren las siguientes condiciones:

a) Que los resultados de la investigación puedan producir beneficios reales o directos para su salud.

b) Que no se pueda realizar una investigación de eficacia comparable en individuos capaces de otorgar su consentimiento.

c) Que la persona que vaya a participar en la investigación haya sido informada de sus derechos y de los límites prescritos en esta Ley y la normativa que la desarrolle para su protección, a menos que esa persona no esté en situación de recibir la información.

d) Que los representantes legales de la persona que vaya a participar en la investigación hayan prestado su consentimiento por escrito, después de haber recibido la información establecida en el artículo 15. Los representantes legales tendrán en cuenta los deseos u objeciones previamente expresados por la persona afectada. En estos casos se actuará, además, conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 4 de esta Ley.

2. Cuando sea previsible que la investigación no vaya a producir resultados en beneficio directo para la salud de los sujetos referidos en el apartado 1 de este artículo, la investigación podrá ser autorizada de forma excepcional si concurren, además de los requisitos contenidos en los párrafos b), c) y d) del apartado anterior, las siguientes condiciones:

a) Que la investigación tenga el objeto de contribuir, a través de mejoras significativas en la comprensión de la enfermedad o condición del individuo, a un resultado beneficioso para otras personas de la misma edad o con la misma enfermedad o condición, en un plazo razonable.

b) Que la investigación entrañe un riesgo y una carga mínimos para el individuo participante.

c) Que la autorización de la investigación se ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal”.

Comentario

En el numeral 1 del presente artículo se señala que sólo se podrá tener en cuenta el consentimiento por parte de la persona con discapacidad, si la resolución judicial de incapacitación le permite hacerlo. Sin embargo esta figura legal de la incapacitación es incompatible con la Convención, específicamente con su artículo 12.

Teniendo en cuenta que las resoluciones judiciales de incapacitación generalmente se limitan a nombrar al tutor, en la práctica lo que sucede es que en las investigaciones biomédicas no se tendrá en cuenta el consentimiento de la persona con discapacidad, sino que el representante legal es quien decidirá, tal como lo señala la letra d). Esta norma, al considerar la opinión de la persona con discapacidad únicamente cuando así se lo haya dispuesto el Juez, implicaría restringirle la posibilidad de decidir sobre un derecho personalísimo. En tal sentido, se le limitaría su capacidad jurídica de obrar, por lo que se estaría contraviniendo la Convención. Otra limitación sería en cuanto a la forma de otorgar el consentimiento, siendo ésta por escrito,

restringiendo así la participación de otros colectivos del mundo heterogéneo de la discapacidad.

Propuesta

Habría que suprimir esta normativa, ya que el procedimiento de incapacitación y el modelo de sustitución, deberá de reemplazarse por el modelo de apoyo en la toma de decisiones, respetando al máximo la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad, sobre todo en este ámbito tan individual de los llamados “derechos personalísimos”.

Se hace necesario suprimir el lenguaje utilizado “incapaz de obrar. Esta adaptación se llevaría a cabo con la aplicación del artículo 12 de la Convención.

Modificar las formas de cómo se acepta el consentimiento, de conformidad a lo que establece el Art.12 de la Convención.

Texto de la norma

“1. La investigación sobre una persona menor o sobre una persona mayor de edad que no pueda conformar o expresar por ningún medio su voluntad y sus preferencias únicamente podrá ser realizada si concurren las siguientes condiciones:

a) Que los resultados de la investigación puedan producir beneficios reales o directos para su salud.

b) Que no se pueda realizar una investigación de eficacia comparable en individuos capaces de otorgar su consentimiento.

c) Que la persona que vaya a participar en la investigación haya sido informada por cualquier medio que le resulte comprensible de sus derechos y de los límites prescritos en esta Ley y la normativa que la desarrolle para su protección.

d) Que los representantes legales de la persona que vaya a participar en la investigación o las personas que desempeñen apoyos obligatorios hayan prestado su consentimiento por escrito o por cualquier medio comprensible, archivable y documentable, después de haber recibido la información establecida en el artículo 15. Los representantes legales y las personas de apoyo tendrán en cuenta los deseos u objeciones previamente expresados por la persona afectada, su identidad, su historia de vida y sus circunstancias personales y sociales. En estos casos se actuará, además, conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 4 de esta Ley.

2. Cuando sea previsible que la investigación no vaya a producir resultados en beneficio directo para la salud de los sujetos referidos en el apartado 1 de este artículo, la investigación podrá ser autorizada de forma excepcional si concurren, además de los requisitos contenidos en los párrafos b), c) y d) del apartado anterior, las siguientes condiciones:

a) Que la investigación tenga el objeto de contribuir, a través de mejoras significativas en la comprensión de la enfermedad o condición del individuo, a un resultado beneficioso para otras personas de la misma edad o con la misma enfermedad o condición, en un plazo razonable.

b) Que la investigación entrañe un riesgo y una carga mínimos para el individuo participante.

c) Que la autorización de la investigación se ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal”.

.- NORMA: Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica. Art. 21.

Contenido

Artículo 21. *Investigación en personas incapaces de consentir debido a su situación clínica.*

1. Para la realización de una investigación en situaciones clínicas de emergencia, en las que la persona implicada no pueda prestar su consentimiento, deberán cumplirse las siguientes condiciones específicas:

- a. Que no sea posible realizar investigaciones de eficacia comparable en personas que no se encuentren en esa situación de emergencia.*
- b. Que en el caso de que no sea previsible que la investigación vaya a producir resultados beneficiosos para la salud del paciente, tenga el propósito de contribuir a mejorar de forma significativa la comprensión de la enfermedad o condición del paciente, con el objetivo de beneficiar a otras personas con la misma enfermedad o condición, siempre que conlleve el mínimo riesgo e incomodidad para aquél.*
- c. Que la autorización de la investigación se ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal.*

2. Se respetará cualquier objeción expresada previamente por el paciente que sea conocida por el médico responsable de su asistencia, por el investigador o por el Comité de Ética de la Investigación correspondiente al centro.

3. A los efectos del apartado primero de este artículo se consideran investigaciones en situaciones de emergencia, aquéllas en las que la persona no se encuentre en condiciones de otorgar su consentimiento y, a causa de su estado y de la urgencia de la situación, sea imposible obtener a tiempo la autorización de los representantes legales del paciente o, de carecer de ellos, de las personas que convivieran con aquél.

4. Las personas que participen en una investigación en situación de emergencia o, en su caso, sus representantes legales, deberán ser informados a la mayor brevedad posible en los términos establecidos en el [artículo 4 de esta Ley](#). Asimismo se deberá solicitar el consentimiento para continuar participando en las investigaciones, en cuanto el paciente se halle en condiciones de prestarlo.

Comentario

Este artículo establece las condiciones en las cuales se pueden realizar investigaciones en personas que no pueden prestar su consentimiento debido a la situación clínica de emergencia en la que se encuentran. Es necesario incorporar la exigencia de que el consentimiento que debe recabarse del paciente cuando la situación cambie y pueda prestarlo se haga cumpliendo los requisitos de accesibilidad y contemplando medidas de apoyo.

Propuesta

Modificación del artículo.

Texto de la norma

Artículo 21. *Investigación en personas que no pueden prestar su consentimiento debido a su situación clínica*

1. Para la realización de una investigación en situaciones clínicas de emergencia, en las que la persona implicada no pueda prestar su consentimiento, deberán cumplirse las siguientes condiciones específicas:

- a. Que no sea posible realizar investigaciones de eficacia comparable en personas que no se encuentren en esa situación de emergencia.*

b. *Que en el caso de que no sea previsible que la investigación vaya a producir resultados beneficiosos para la salud del paciente, tenga el propósito de contribuir a mejorar de forma significativa la comprensión de la enfermedad o condición del paciente, con el objetivo de beneficiar a otras personas con la misma enfermedad o condición, siempre que conlleve el mínimo riesgo e incomodidad para aquél.*

c. *Que la autorización de la investigación se ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal.*

2. *Se respetará cualquier objeción expresada previamente por el paciente que sea conocida por el médico responsable de su asistencia, por el investigador o por el Comité de Ética de la Investigación correspondiente al centro.*

3. *A los efectos del apartado primero de este artículo se consideran investigaciones en situaciones de emergencia, aquéllas en las que la persona no se encuentre en condiciones de otorgar su consentimiento y, a causa de su estado y de la urgencia de la situación, sea imposible obtener a tiempo la autorización de los representantes legales del paciente o, de carecer de ellos, de las personas que convivieran con aquél.*

4. *Las personas que participen en una investigación en situación de emergencia o, en su caso, sus representantes legales, o personas de apoyo deberán ser informados a la mayor brevedad posible en los términos establecidos en el [artículo 4 de esta Ley](#). Asimismo se deberá solicitar el consentimiento para continuar participando en las investigaciones, en cuanto el paciente se halle en condiciones de prestarlo*

.- NORMA. *Ley 27/2007 de 23 de octubre por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas. Art. 4.*

Contenido

.- Art. 4.d). define a las personas sordas o con discapacidad auditiva como:

“aquellas personas a quienes se les haya reconocido por tal motivo, un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento, que encuentran en su vida cotidiana barreras de comunicación o que, en el caso de haberlas superado, requieren medios y apoyos para su realización”

.- Art. 4.d). define a las personas con sordo-ceguera como:

“aquellas personas con un deterioro combinado de la vista y el oído que dificulta su acceso a la información, a la comunicación y a la movilidad. Esta discapacidad afecta gravemente las habilidades diarias necesarias para una vida mínimamente autónoma, requiere servicios especializados, personal específicamente formado para su atención y métodos especiales de comunicación”.

Justificación

Esta ley regula algunos medios de apoyo para determinados colectivos de personas con deficiencias auditivas.

Pese a que la denominación “personas sordas” podría resultar discutida, una parte de este grupo poblacional reivindica para ellas este apelativo porque consideran que no pertenecen al colectivo de personas con discapacidad. Desde este punto de vista reclaman su tratamiento como una minoría lingüística. En ese sentido, las medidas de apoyo a la comunicación oral u a otras formas análogas de comunicación que estén encaminadas a la igualdad de las personas sordas, deberán contemplarse desde el punto de vista de la accesibilidad universal.

Tal como lo reconoce la propia Convención la discapacidad es un fenómeno abierto y complejo. Por esa razón, no es posible definir qué es la discapacidad de

manera cerrada y taxativa, por cuanto puede abordar infinidad de situaciones. Dicha vaguedad conceptual conlleva a que las personas no se sientan correctamente definidas desde el punto de vista normativo y mucho menos identificadas dentro de este colectivo. Y esto es totalmente lógico, en la medida en que la discapacidad tradicionalmente ha sido un fenómeno infravalorado.

En todo caso, y respecto a la definición de personas sordas, debe suprimirse la referencia al grado de minusvalía, en virtud de la necesidad de manejar un concepto de discapacidad acorde con la Convención.

Propuesta

Debe suprimirse la referencia al grado de minusvalía del art. 4.d).

Debe incluirse en este artículo la referencia al uso de la lengua de signos en la definición de personas sordas.

Por su parte, definición de personas con sordo-ceguera podría reducirse al contenido de la primera frase ya que el resto no tiene porqué entrar en la definición.

Texto de la norma

.- Art. 4.d). personas sordas o con discapacidad auditiva como:

“aquellas personas quienes encuentran en su vida cotidiana barreras de comunicación siendo usuarias de la lengua de signos o de medidas de apoyo a la comunicación oral”

.- Art. 4.d). personas con sordo-ceguera como:

“aquellas personas con un deterioro combinado de la vista y el oído, que encuentran en su vida cotidiana barreras de comunicación”.

.- NORMA. *Ley 27/2007 de 23 de octubre por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas. Art. 5.c)*

Contenido

“c) Libertad de elección: Las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas y, en su caso, sus padres o representantes legales, en el supuesto de que sean menores de edad o estén incapacitados, podrán optar por la lengua oral y/o la lengua de signos española y/o las lenguas de signos propias de las Comunidades Autónomas”

Comentario

El artículo 12 de la Convención que reconoce una igual capacidad jurídica y de obrar a todas las personas.

Propuesta

Modificación del artículo

Texto de la norma

Libertad de elección: Las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas y, en el caso de que así proceda legalmente, con la asistencia de sus padres o representantes legales si son menores de edad o de las personas que ejerzan funciones de apoyo podrán optar por la lengua oral y/o la lengua de signos española y/o las lenguas de signos propias de las Comunidades Autónomas”

.- NORMA. *Ley 27/2007 de 23 de octubre por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas. Art. 16*

Contenido

“Las Administraciones educativas dispondrán lo necesario para facilitar, conforme a la legislación educativa vigente, el aprendizaje de la lengua oral y de los medios de apoyo a la comunicación oral, que así lo precisen, al alumnado sordo o con discapacidad auditiva y sordociego, que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5.c) de esta Ley, haya elegido esta lengua. En caso de que estas personas sean menores de edad o estén incapacitadas, la elección corresponderá a sus padres o representantes legales”.

Comentario

El artículo 12 de la Convención reconoce una igual capacidad jurídica y de obrar a todas las personas.

Propuesta

Deberá suprimirse la referencia a las personas incapacitadas.

Texto de la norma

“Las Administraciones educativas dispondrán lo necesario para facilitar, conforme a la legislación educativa vigente, el aprendizaje de la lengua oral y de los medios de apoyo a la comunicación oral, que así lo precisen, al alumnado sordo o con discapacidad auditiva y sordociego, que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5.c) de esta Ley, haya elegido esta lengua. En caso de que estas personas sean menores de edad la elección corresponderá a sus padres o representantes legales. En el caso de que las personas lo precisen se reconocerán y prestarán las medidas de apoyo necesarias para que puedan realizar su elección”.

.- NORMA. *Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos. Disposición adicional única.*

Contenido

“Legitimación del Ministerio Fiscal y de los tutores o guardadores de hecho para obtener información de organismos públicos en relación con el ejercicio de la tutela o guarda de hecho.

1. El Ministerio Fiscal estará legitimado para solicitar y obtener la información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés a fin de poder fundamentar su criterio en relación con el trámite de aprobación de las cuentas anuales y de la cuenta general justificativa de la administración que presente el tutor al extinguirse la tutela, así como en cualquier otro caso en que resulte necesario o conveniente a fin de permitir el cumplimiento de las medidas de vigilancia y control que se hayan acordado judicialmente respecto del ejercicio de la tutela o guarda de hecho.

2. Estarán obligados a facilitar la información a que se refiere el apartado anterior, con sujeción a sus respectivas normas de procedimiento, la Agencia Estatal de Administración Tributaria, las Haciendas Forales de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra, los centros u organismos públicos de gestión tributaria de las Comunidades Autónomas, los

Registradores de la Propiedad y Mercantiles, los Notarios y cualquier otro organismo público que por razón de sus funciones y competencias pueda tener información de la relevancia patrimonial o contable a que se refiere esta norma.

3. La persona física o jurídica, pública o privada, que ejerce la función tutelar o, en su caso, el guardador de hecho estarán legitimados para solicitar y obtener de los organismos públicos la información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés para el ejercicio de sus funciones”.

Comentario

El presente artículo otorga facultades para el acceso de información en casos de la extinción de la tutela.

Es necesario modificar el artículo y adaptarlo al modelo de apoyo en conformidad con el art. 12 de la Convención.

Propuesta

Modificación del artículo.

Texto de la norma

“Legitimación del Ministerio Fiscal para obtener información de organismos públicos en relación con el ejercicio de la tutela o de funciones de apoyo a la capacidad.

1.El Ministerio Fiscal estará legitimado para solicitar y obtener la información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés a fin de poder fundamentar su criterio en relación con el control anual y final del funcionamiento de la tutela de los menores y de los planes personalizados de medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica, así como en cualquier otro caso en que resulte necesario o conveniente a fin de permitir el cumplimiento de las medidas de vigilancia que se hayan acordado judicialmente respecto del ejercicio de la tutela o las medidas de apoyo.

2. Estarán obligados a facilitar la información a que se refiere el apartado anterior, con sujeción a sus respectivas normas de procedimiento, la Agencia Estatal de Administración Tributaria, las Haciendas Forales de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra, los centros u organismos públicos de gestión tributaria de las Comunidades Autónomas, los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, los Notarios y cualquier otro organismo público que por razón de sus funciones y competencias pueda tener información de la relevancia patrimonial o contable a que se refiere esta norma.

3. La persona física o jurídica, pública o privada, que ejerce la función tutelar estarán legitimados para solicitar y obtener de los organismos públicos la información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés para el ejercicio de sus funciones. En el caso de que se trate de información relativa a personas que cuenten con un plan personalizado de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, será necesario obtener su previo consentimiento

.- NORMA: *Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Art. 12.*

Contenido

.- Art. 12. *Garantía de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo.*

“Se garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones que se determinan en esta Ley. Estas condiciones se interpretarán en el

modo más favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de la mujer que solicita la intervención, en particular, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación”.

Comentario

El artículo busca garantizar el acceso de la mujer a la interrupción voluntaria del embarazo, para lo que considera pertinente hacerlo a la luz de aspectos como el género, y la no discriminación. Considerando que para la Convención, la situación de la mujer y de las niñas con discapacidad está rodeada de múltiples formas de discriminación (Art 6) y que para evitar esta situación, debe garantizarse el reconocimiento y ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones, resultaría pertinente adicionar una perspectiva más incluyente en la redacción actual.

Propuesta

Se deberá añadir: **“incluida la no discriminación por motivos de discapacidad”**. De conformidad a lo estipulado en el Art.5 de la Convención. En todo caso puede entenderse dentro de lo estipulado en la norma.

.- NORMA: - Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Art. 13.

Contenido

- Art. 13. Requisitos comunes.

“Son requisitos necesarios de la interrupción voluntaria del embarazo:

Primero. Que se practique por un médico especialista o bajo su dirección.

Segundo. Que se lleve a cabo en centro sanitario público o privado acreditado.

Tercero. Que se realice con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, de conformidad con lo establecido en la [Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica](#).

Podrá prescindirse del consentimiento expreso en el supuesto previsto en el [artículo 9.2.b de la referida Ley](#).

Cuarto. En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad.

Al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer.

Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo”.

Comentario

El artículo establece como requisito para la interrupción voluntaria del embarazo, entre otros, que se otorgue el consentimiento por escrito de la mujer o en su caso, mediante representante legal conforme a lo dispuesto por la ley de autonomía del paciente.

Conforme a esta previsión, y con base en la redacción actual de la ley de autonomía del paciente (que se ha analizado en otro punto), se parte del supuesto de que en general, mujeres con discapacidades psíquicas, mentales, o intelectuales, únicamente podrían otorgar este consentimiento mediante un representante, escenario que resulta peculiar, tratándose de una cuestión ligada a aspectos reproductivos e íntimos. Es indudable, que estas previsiones atienden a la concepción de la discapacidad como una cuestión médica, lejana a un modelo social de la discapacidad como cuestión de derechos humanos. Además la forma de cómo debe ser prestado el consentimiento también es excluyente al no considerar a otros colectivos del mundo de la discapacidad, como por ejemplo a las mujeres sordas que no se dan a entender por escrito.

En este sentido, las previsiones de la ley vigente, contravienen lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención y en el artículo 2 de la misma, relativo a la definición de discriminación por motivos de discapacidad. Igualmente se alejan de lo dispuesto en el artículo 5, relativo a la igualdad y no discriminación.

Propuesta

Añadir una redacción que señale que se contará, cuando sea preciso, con los apoyos necesarios para el ejercicio de este derecho en igualdad de condiciones respetando la autonomía de la voluntad, todo ello de conformidad al Art.12 de la Convención

Además deberán de añadirse distintas modalidades de poder expresar el consentimiento, y no solamente por escrito, como se establece en la actualidad. Todo ello de conformidad con el art.21 de la Convención.

Texto de la norma

- Art. 13. Requisitos comunes.

“Son requisitos necesarios de la interrupción voluntaria del embarazo:

Primero. Que se practique por un médico especialista o bajo su dirección.

Segundo. Que se lleve a cabo en centro sanitario público o privado acreditado.

Tercero. Que se realice con el consentimiento expreso manifestado por cualquier medio comprensible de conformidad con lo establecido en la [Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica](#). El consentimiento efectuado de conformidad con un plan personalizado de apoyo al ejercicio de la capacidad será válido

Podrá prescindirse del consentimiento expreso en el supuesto previsto en el [artículo 9.2.b de la referida Ley](#).

Cuarto. En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad.

Al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer.

Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo”.

Quinto: En el caso de que se trate de mujeres que lo precisen se reconocerán y prestarán los apoyos necesarios para que puedan expresar su consentimiento. En este caso, debe ser informado el Ministerio Fiscal.

Sexto: En el caso de que se trate de mujeres que no pueden expresar por ningún medio su voluntad sólo podrá otorgarse el consentimiento por la persona que desempeñe apoyos obligatorios en el caso de que el embarazo pueda ocasionar a la mujer un daño irreparable, siempre respetando su identidad, historia de vida, y circunstancias personales y sociales. En este caso, será necesaria la autorización del Ministerio Fiscal..

.- NORMA: Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Arts. 14 y 15.

Contenido

.- Art 14. Interrupción del embarazo a petición de la mujer.

“Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurran los requisitos siguientes:

e. Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en los apartados 2 y 4 del [artículo 17 de esta Ley](#).

f. Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención”.

.- Art. 15. Interrupción por causas médicas.

“Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

g. Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen.

h. Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija.

i. Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico”.

Comentario

El presente artículo establece las excepciones por las cuales el embarazo podrá interrumpirse en un periodo distinto. Entre estas causas, las dos últimas redundan en discriminación por motivos de discapacidad.

Evidentemente esta disposición se funda en un modelo médico rehabilitador, en el que se concibe a la discapacidad como una cuestión de salud/enfermedad y de incompatibilidad con una vida digna.

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, partiendo del entendimiento de que la discriminación por motivos de discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherente del ser humano; promueve por una parte un modelo social en el que la discapacidad no es considerada una cuestión individual sino un producto de la interacción entre la persona y un entorno con barreras, y por otra un modelo en el que las personas con discapacidad forman parte de la diversidad de la condición humana. Derivado de estos paradigmas, el fenómeno de la discapacidad es una cuestión social, y no del individuo, y en el mismo sentido, la dignidad de la persona no se basa en su “deficiencia” o ausencia de ella, sino en el hecho de ser humano.

Propuesta

Se deberá modificar la norma.

Texto de la norma

Art 14. Interrupción del embarazo a petición de la mujer.

Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurran los requisitos siguientes:

a. Que se haya informado, de manera accesible y atendiendo a sus necesidades, a la mujer embarazada, la cual contará con los apoyos necesarios que precise, sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en los apartados 2 y 4 del [artículo 17 de esta Ley](#).

b. Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención.

Art. 15. Interrupción por causas médicas.

Excepcionalmente, y siempre que medie el consentimiento expreso conforme a lo establecido en el artículo 13 de la presente Ley, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

a. Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento, según lo dispuesto en la Ley 41/2002.

b. Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por dos médicos o médicas especialistas, distintos del que practique la intervención y así lo confirme un comité clínico”.

.- NORMA: Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Art. 17.

Contenido

.- Art. 17. Información previa al consentimiento de la interrupción voluntaria del embarazo.

“1. Todas las mujeres que manifiesten su intención de someterse a una interrupción voluntaria del embarazo recibirán información sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, las condiciones para la interrupción previstas en esta Ley, los centros públicos y acreditados a los que se pueda dirigir y los trámites para acceder a la prestación, así como las condiciones para su cobertura por el servicio público de salud correspondiente.

2. En los casos en que las mujeres opten por la interrupción del embarazo regulada en el [artículo 14](#) recibirán, además, un sobre cerrado que contendrá la siguiente información:

e. Las ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto.

f. Los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos e hijas; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento.

g. Datos sobre los centros disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro.

h. Datos sobre los centros en los que la mujer pueda recibir voluntariamente asesoramiento antes y después de la interrupción del embarazo.

Esta información deberá ser entregada en cualquier centro sanitario público o bien en los centros acreditados para la interrupción voluntaria del embarazo. Junto con la información en sobre cerrado se entregará a la mujer un documento acreditativo de la fecha de la entrega, a los efectos de lo establecido en el [artículo 14 de esta Ley](#).

La elaboración, contenidos y formato de esta información será determinada reglamentariamente por el Gobierno.

3. En el supuesto de interrupción del embarazo previsto en la letra b del [artículo 15 de esta Ley](#), la mujer recibirá además de la información prevista en el apartado primero de este artículo, información por escrito sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas existentes de apoyo a la autonomía de las personas con alguna discapacidad, así como la red de organizaciones sociales de asistencia social a estas personas.

4. En todos los supuestos, y con carácter previo a la prestación del consentimiento, se habrá de informar a la mujer en los términos de los [artículos 4 y 10 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, y específicamente sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo](#).

5. La información prevista en este artículo será clara, objetiva y comprensible. En el caso de las personas con discapacidad, se proporcionará en formatos y medios accesibles, adecuados a sus necesidades.

Se comunicará, en la documentación entregada, que dicha información podrá ser ofrecida, además, verbalmente, si la mujer lo solicita”.

Comentario/Propuesta

Con base en los argumentos y propuestas expuestos previamente, carecería de sentido la redacción del numeral 3 de este artículo.

Se deberán añadir en el último párrafo del numeral 5º otras formas de comunicación, además de las tradicionales (escrita y verbal). De esta manera estaremos

respetando la heterogeneidad del mundo de la discapacidad. Todo ello de conformidad a lo estipulado en el art. 12 de la Convención.

Texto de la norma

.- Art. 17. Información previa al consentimiento de la interrupción voluntaria del embarazo.

“1. Todas las mujeres que manifiesten su intención de someterse a una interrupción voluntaria del embarazo recibirán información, en formato accesible, sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, las condiciones para la interrupción previstas en esta Ley, los centros públicos y acreditados a los que se pueda dirigir y los trámites para acceder a la prestación, así como las condiciones para su cobertura por el servicio público de salud correspondiente.

2. En los casos en que las mujeres opten por la interrupción del embarazo regulada en el [artículo 14](#) recibirán, además, un sobre cerrado que contendrá la siguiente información:

e. Las ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto.

f. Los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos e hijas; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento.

g. Datos sobre los centros disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro.

h. Datos sobre los centros en los que la mujer pueda recibir voluntariamente asesoramiento antes y después de la interrupción del embarazo.

Esta información deberá ser entregada en cualquier centro sanitario público o bien en los centros acreditados para la interrupción voluntaria del embarazo. Junto con la información en sobre cerrado se entregará a la mujer un documento acreditativo de la fecha de la entrega, a los efectos de lo establecido en el [artículo 14 de esta Ley](#).

La elaboración, contenidos y formato de esta información será determinada reglamentariamente por el Gobierno.

3. En todos los supuestos, y con carácter previo a la prestación del consentimiento, se habrá de informar a la mujer en los términos de los [artículos 4 y 10 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, y específicamente sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo](#).

4. La información prevista en este artículo será clara, objetiva y comprensible. En el caso de las personas con discapacidad, se proporcionará en formatos y medios accesibles, adecuados a sus necesidades.

Se comunicará, en la documentación entregada, que dicha información podrá ser ofrecida, además, verbalmente, si la mujer lo solicita”.

.- NORMA. Real Decreto 1990/1996, Reglamento Penitenciario. Art. 183.

Contenido

Los Establecimientos o Unidades Psiquiátricas penitenciarias son aquellos centros especiales destinados al cumplimiento de las medidas de seguridad privativas de libertad aplicadas por los Tribunales correspondientes.

Comentario

La presente disposición menciona específicamente lo que para la norma y para el sistema es un centro penitenciario psiquiátrico. Establece que estos son el tipo de centro especial destinado al cumplimiento de las medidas de seguridad privativas de libertad, medidas que se adoptarán en estos centros por mandato judicial. cumplimiento de tales medidas en estos centros incluye a personas con discapacidades intelectuales y trastornos mentales. Sería conveniente cambiar la denominación “psiquiátricas” por establecimientos o unidades de salud mental.

Propuesta:

Modificación de la redacción.

Texto de la norma

Los Establecimientos o Unidades de Salud mental penitenciarias son aquellos centros especiales destinados al cumplimiento de las medidas de seguridad privativas de libertad aplicadas por los Tribunales correspondientes.

.- NORMA. Real Decreto 1990/1996, Reglamento Penitenciario. Art. 184.

Contenido

El ingreso en estos Establecimientos o Unidades Psiquiátricas penitenciarias se llevará a cabo en los siguientes casos:

- d. Los detenidos o presos con patología psiquiátrica, cuando la autoridad judicial decida su ingreso para observación, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, durante el tiempo que requiera la misma y la emisión del oportuno informe.
Una vez emitido el informe, si la autoridad judicial no decidiese la libertad del interno, el Centro Directivo podrá decidir su traslado al Centro que le corresponda.*
- e. Personas a las que por aplicación de las circunstancias eximentes establecidas en el Código Penal les haya sido aplicada una medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico penitenciario.*
- f. Penados a los que, por enfermedad mental sobrevenida, se les haya impuesto una medida de seguridad por el Tribunal sentenciador en aplicación de lo dispuesto en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal que deba ser cumplida en un Establecimiento o Unidad psiquiátrica penitenciaria.*

Comentario/Propuesta

La presente disposición menciona los casos en los que se puede llevar a cabo el ingreso en un centro psiquiátrico penitenciario. Siguiendo la línea de argumentación expuesta en disposiciones anteriores es necesaria la sustitución de algunos términos tales como patología psiquiátrica o enfermedad mental, establecimientos y unidades psiquiátricas. Además sería aconsejable la mención del carácter rehabilitador de estos centros, la atención a las necesidades específicas que puedan tener las personas internadas, y el ejercicio de derechos.

Texto de la norma

El ingreso en estos Establecimientos o Unidades de Salud Mental penitenciarias se llevará a cabo en los siguientes casos:

- e. Los detenidos o presos con trastorno mental, cuando la autoridad judicial decida su ingreso para observación, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, durante el tiempo que requiera la misma y la emisión del oportuno informe. Una vez emitido el informe, si la autoridad judicial no decidiese la libertad del interno, el Centro Directivo podrá decidir su traslado al Centro que le corresponda.*
- f. Personas a las que por aplicación de las circunstancias eximentes establecidas en el Código Penal les haya sido aplicada una medida de seguridad de internamiento en centro de salud mental penitenciario.*
- g. Penados a los que, por trastorno mental sobrevenido, se les haya impuesto una medida de seguridad por el Tribunal sentenciador en aplicación de lo dispuesto en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal que deba ser cumplida en un Establecimiento o Unidad psiquiátrica penitenciaria.*
- h. Las personas internadas en Establecimientos o Unidades de Salud Mental penitenciarias tendrán derecho a recibir la asistencia y rehabilitación adecuada a sus necesidades, al cumplimiento de las exigencias de accesibilidad, a la realización de ajustes razonables y al ejercicio de sus derechos fundamentales para lo cual contarán con las medidas de apoyo que resulten precisas.*

.- NORMA. Real Decreto 1990/1996, Reglamento Penitenciario. Art. 185.

Contenido

1. Para garantizar un adecuado nivel de asistencia, los Establecimientos o Unidades Psiquiátricas penitenciarias dispondrán, al menos, de un Equipo multidisciplinar, integrado por los psiquiatras, psicólogos, médicos generales, enfermeros y trabajadores sociales que sean necesarios para prestar la asistencia especializada que precisen los pacientes internados en aquéllos.

También contarán con los profesionales y el personal auxiliar necesario para la ejecución de los programas de rehabilitación.

2. La Administración Penitenciaria solicitará la colaboración necesaria de otras Administraciones Públicas con competencia en la materia para que el tratamiento psiquiátrico de los internos continúe, si es necesario, después de su puesta en libertad y para que se garantice una asistencia social postpenitenciaria de carácter psiquiátrico, así como para que los enfermos cuya situación personal y procesal lo permita puedan ser integrados en los programas de rehabilitación y en las estructuras intermedias existentes en el modelo comunitario de atención a la salud mental.

Comentario

De esta disposición se pueden desprender 2 consideraciones en cuanto al tratamiento de los internos. Un aspecto relativo al tratamiento dentro del centro, y otro relativo a la continuidad del tratamiento incluso después de la puesta en libertad y en consecuencia fuera del centro.

En el primer aspecto se mencionan dos consideraciones. Lo relativo a la asistencia y a la rehabilitación. En cuanto a la asistencia la disposición contempla la

existencia de un grupo multidisciplinar integrado por profesionales (psiquiatras, psicólogos, médicos generales, trabajadores sociales).

Si bien es cierto que la condición de las personas internas en estos centros está ligada en muchos casos a una situación estrictamente médica que en consecuencia requiere ser tratada, también lo es que no en todos los casos esta situación necesariamente es así. En este sentido, podría ser interesante que dentro de los grupos multidisciplinarios se incluyeran profesionales con perfiles no únicamente médicos, tales como representantes de la sociedad civil. Contar únicamente con personal médico para cuestiones de asistencia no supone necesariamente algo benéfico para personas con discapacidad intelectual, por ejemplo.

En cuanto a las disposiciones que tienen que ver con el aspecto rehabilitador, la disposición únicamente menciona que se contará con el personal necesario para ello, de lo que se desprende un panorama incierto. Es importante señalar que la rehabilitación constituye un eje central en la finalidad de estos centros ya que en gran parte, de su eficacia depende la no reincidencia. En este sentido, pueden apuntarse dos situaciones relevantes para las personas con discapacidad en cuanto a la rehabilitación. Por un lado, la consideración de una rehabilitación que mediante los mecanismos necesarios genere en la persona la conciencia de no continuar la comisión delictiva (formas de lidiar con la exclusión que le lleva a cometer la conducta, etc...); y por otro lado, la rehabilitación directamente vinculada a cuestiones relativas a su discapacidad que se relacionan con el primer aspecto. En tanto se trata de personas con discapacidad, y en consecuencia la exclusión a la que están expuestas en el entorno social es doble, es indispensable que en su rehabilitación no solo se cuente con personal genérico especializado en rehabilitación sino también con personal de la sociedad civil que evidentemente puede contribuir a la eficacia de la rehabilitación. El objetivo último debe ser, en todo caso, el logro de la inclusión social.

En cuanto al aspecto último, sucede algo similar a los anteriores. Es importante para asegurar la reinserción y la no reincidencia que en los programas fuera del centro haya una adecuada colaboración de la sociedad civil en este proceso.

Evidentemente no resulta sencillo que una norma de este tipo plantee la oportunidad de permitir la contribución de la sociedad civil, no obstante atendiendo los argumentos anteriores resulta pertinente plasmarlo en algún sentido.

Propuesta

Modificar la redacción considerando los apuntes anteriores.

Texto de la norma

1. Para garantizar un adecuado nivel de asistencia, los Establecimientos o Unidades de Salud Mental penitenciarias dispondrán, al menos, de un Equipo multidisciplinar, integrado por los psiquiatras, psicólogos, médicos generales, enfermeros y trabajadores sociales que sean necesarios para prestar la asistencia especializada que precisen los pacientes internados en aquéllos.

También contarán con los profesionales y el personal auxiliar necesario para la ejecución de los programas de rehabilitación.

2. La Administración Penitenciaria solicitará la colaboración necesaria de otras Administraciones Públicas con competencia en la materia para que el tratamiento médico de los internos continúe, si es necesario, después de su puesta en libertad y para que se garantice una adecuada asistencia médica y social postpenitenciaria, así como para que los enfermos cuya situación personal y procesal lo permita puedan ser

integrados en los programas de rehabilitación y en las estructuras intermedias existentes en el modelo comunitario de atención a la salud mental. Igualmente, adoptarán todas las medidas necesarias para lograr su inclusión en la sociedad e instarán, en su caso, el establecimiento de planes personalizados de apoyo en los casos en que resulte necesario.

.- NORMA. Real Decreto 1990/1996, Reglamento Penitenciario. Art. 186.

Contenido

- 1. En el momento de ingresar, el paciente será atendido por el facultativo de guardia, quien, a la vista de los informes del Centro de procedencia y del resultado de su reconocimiento, dispondrá lo conveniente respecto al destino de aquél a la dependencia más adecuada y al tratamiento a seguir hasta que sea reconocido por el psiquiatra.*
- 2. El equipo que atienda al paciente deberá presentar un informe a la Autoridad judicial correspondiente, en el que se haga constar la propuesta que se formula sobre cuestiones como el diagnóstico y la evolución observada con el tratamiento, el juicio pronóstico que se formula, la necesidad del mantenimiento, cese o sustitución del internamiento, la separación, el traslado a otro Establecimiento o Unidad Psiquiátrica, el programa de rehabilitación, la aplicación de medidas especiales de ayuda o tratamiento, así como las que hubieran de tenerse en cuenta para el momento de la salida de aquél del Centro.*

Comentario

Si bien es cierto que muchas de las personas internas requieren tratamiento psiquiátrico, también lo es que no en todos los casos es así, y esta disposición parece omitir esta idea en tanto que no prevé otro tipo de situaciones. Esto resulta especialmente particular en cuanto hace a la situación de personas con discapacidad intelectual como pueden ser personas con trisomía XXI o personas con síndrome de costello (por citar un ejemplo), que no requieren tratamiento psiquiátrico. En estos dos casos, las personas que cometan una conducta punible y sean inimputables atendiendo su falta de apreciación de la realidad y en consecuencia sean sometidas a una medida de seguridad en un centro psiquiátrico, carecerían de mecanismos previstos para su diagnóstico de rehabilitación adecuado. De más está decir que si la apreciación planteada es correcta, en los casos que he mencionado, se podría actualizar el supuesto de sometimiento a tratos inhumanos y degradantes.

Por otro lado, y en relación con el tratamiento médico en general es imprescindible aclarar en este precepto que el mismo necesita, con carácter general, el consentimiento del internamiento de acuerdo con la normativa vigente en el ámbito sanitario (que incluye la prestación de apoyos, y contempla en supuesto en que la persona precisa apoyos obligatorios). En todo caso, y dada la relación de sujeción especial que todos los internos tienen con la Administración Penitenciaria también en el caso del internamiento en una Unidad o Centro de Salud Mental se podrá imponer un tratamiento en contra de la voluntad del paciente en los supuestos de “urgencia vital” previstos en el art. 210 del Reglamento Penitenciario y con las mismas garantías. Este precepto establece que “1. El tratamiento médico-sanitario se llevará a cabo siempre con el consentimiento informado del interno. Sólo cuando exista peligro inminente para la vida de éste se podrá imponer un tratamiento contra la voluntad del interesado, siendo la intervención médica la estrictamente necesaria para intentar salvar la vida del paciente y sin perjuicio de solicitar la autorización judicial correspondiente cuando ello fuese preciso. De estas actuaciones se dará conocimiento a la Autoridad judicial.

2. La intervención médico-sanitaria también podrá realizarse sin el consentimiento del paciente cuando el no hacerlo suponga un peligro evidente para la salud o la vida de terceras personas. De estas actuaciones se dará conocimiento a la Autoridad judicial.

3. Cuando por criterio facultativo se precise el ingreso del interno en un Centro hospitalario y no se cuente con la autorización del paciente, la Administración Penitenciaria solicitará de la Autoridad judicial competente la autorización del ingreso de detenidos, presos o penados en un Centro hospitalario, salvo en caso de urgencia en que la comunicación a dicha Autoridad se hará posteriormente de forma inmediata”.

Propuesta

Modificar la redacción.

Texto de la norma

1. En el momento de ingresar, la persona será atendida por el facultativo de guardia, quien, a la vista de los informes del Centro de procedencia y del resultado de su reconocimiento, dispondrá lo conveniente respecto al destino de aquél a la dependencia más adecuada y al tratamiento a seguir hasta que sea reconocido por un equipo multidisciplinar integrado por psiquiatras, psicólogos, médicos generales, enfermeros y trabajadores sociales.

2. El equipo que atienda a la persona deberá presentar un informe a la Autoridad judicial correspondiente, en el que se haga constar la propuesta que se formula sobre cuestiones como el diagnóstico y la evolución observada con el tratamiento, el juicio pronóstico que se formula, la necesidad del mantenimiento, cese o sustitución del internamiento, la separación, el traslado a otro Establecimiento o Unidad de Salud Mental, el programa de rehabilitación, la aplicación de medidas especiales de ayuda o tratamiento, así como las que hubieran de tenerse en cuenta para el momento de la salida de aquél del Centro.

3. El tratamiento médico se llevará siempre a cabo con el consentimiento informado del interno de acuerdo con lo establecido en la legislación sanitaria aplicable al efecto, lo que implica que el interno deberá contar con los apoyos precisos para poder expresar su voluntad en relación con el tratamiento.

4. En todo caso, podrá imponerse un tratamiento en contra de la voluntad del interno en los mismos casos y con las mismas garantías establecidas en el art. 210 de este Reglamento. .

.- NORMA. Real Decreto 1990/1996, Reglamento Penitenciario. Art. 187.

Contenido

1. La peculiaridad del internamiento de los enajenados reclama una información periódica para el debido control judicial, a cuyo efecto la situación personal del paciente será revisada, al menos, cada seis meses por el Equipo multidisciplinar, emitiendo un informe sobre su estado y evolución.

2. El informe a que se hace referencia en el apartado anterior, así como el previsto en el artículo 186 serán remitidos al Ministerio Fiscal a los efectos procedentes.

Comentario

Se considera que debe eliminarse utilizarse el término enajenado. Igualmente, el plazo de los seis meses puede resultar excesivo.

Propuesta

La redacción puede permanecer, sustituyéndose el término enajenado por personas con trastorno mental y reduciendo el plazo de los 6 meses para el informe.

Texto de la norma

1. La peculiaridad del internamiento de las personas con trastorno mental reclama una información periódica para el debido control judicial, a cuyo efecto la situación personal del paciente será revisada, al menos, cada dos meses por el Equipo multidisciplinar, emitiendo un informe sobre su estado y evolución.
2. El informe a que se hace referencia en el apartado anterior, así como el previsto en el artículo 186 serán remitidos al Ministerio Fiscal a los efectos procedentes.

.- NORMA. Real Decreto 1990/1996, Reglamento Penitenciario. Art. 188.

Contenido

1. La separación en los distintos departamentos de que consten los Establecimientos o Unidades se hará en atención a las necesidades asistenciales de cada paciente.
2. Las restricciones a la libertad personal del paciente deben limitarse a las que sean necesarias en función del estado de salud de aquél o del éxito del tratamiento.
3. El empleo de medios coercitivos es una medida excepcional, que sólo podrá ser admitida por indicación del facultativo y durante el tiempo mínimo imprescindible previo al efecto del tratamiento farmacológico que esté indicado, debiéndose respetar, en todo momento, la dignidad de la persona.
Incluso en los supuestos en que médicamente se considere que no hay alternativa alguna a la aplicación de los medios expresados, la medida debe ser puntualmente puesta en conocimiento de la Autoridad judicial de la que dependa el paciente, dándose traslado documental de su prescripción médica.
4. Las disposiciones de régimen disciplinario contenidas en este Reglamento no serán de aplicación a los pacientes internados en estas instituciones.

Comentario

Debe revisarse la norma para extremar las exigencias de justificación de la adopción de medidas coercitivas, incidir en su carácter excepcional, y aumentar los controles en su aplicación

Propuesta

Modificación del texto normativo.

Texto de la norma

1. La separación en los distintos departamentos de que consten los Establecimientos o Unidades de Salud Mental se hará en atención a las necesidades asistenciales de cada paciente.
2. Las restricciones a la libertad personal del paciente serán únicamente las expresamente señaladas en la resolución judicial que decrete el internamiento. Estas restricciones deberán justificarse individualmente en cada caso y serán únicamente aquellas estrictamente necesarias para la preservación de la integridad física y mental de la persona y deberán revisarse periódicamente.

3. El empleo de medios coercitivos es una medida excepcional, que sólo podrá ser admitida por razones de urgencia para evitar un daño grave e inminente a la propia persona o a terceros, por indicación del facultativo y durante el tiempo mínimo imprescindible previo al efecto del tratamiento farmacológico que esté indicado, debiéndose respetar, en todo momento, la dignidad de la persona. Las medidas coercitivas deberán ser las menos lesivas e invasivas para las personas afectadas deberán ser aplicadas por medios idóneos y deberán revisarse periódicamente en los intervalos señalados en los protocolos de actuación correspondientes.

Incluso en los supuestos en que médicamente se considere que no hay alternativa alguna a la aplicación de los medios expresados, la medida debe ser puntualmente puesta en conocimiento de la Autoridad judicial de la que dependa la persona, dándose traslado documental de su prescripción médica.

4. Las disposiciones de régimen disciplinario contenidas en este Reglamento no serán de aplicación a los pacientes internados en estas instituciones.

- NORMA. Real Decreto 1990/1996, Reglamento Penitenciario. Art. 189.

Contenido

“Con el fin de incrementar las posibilidades de desinstitucionalización de la población internada y facilitar su vuelta al medio social y familiar, así como su integración en los recursos sanitarios externos, en los Establecimientos o Unidades se establecerá, con soporte escrito, una programación general de actividades rehabilitadoras, así como programas individuales de rehabilitación para cada paciente, no debiendo limitarse la aplicación de estas medidas a quienes presenten mayores posibilidades de reinserción laboral o social, sino abarcando también a aquellos que, aun teniendo más dificultades para su reinserción, puedan, no obstante, mejorar, mediante la aplicación de los correspondientes tratamientos, aspectos tales como la autonomía personal y la integración social.

Comentario

Las disposiciones de este artículo relativas a los programas de rehabilitación con miras a la desinstitucionalización parecen acogerse a las disposiciones previstas por la Convención a lo largo de su texto.

No obstante, sería importante que esos programas fueran también considerados como promotores de la autonomía, para no quedarse en un enfoque propio del modelo médico-rehabilitador.

Por otro lado, el empleo del término “paciente” parece prestarse a confusión en tanto no resulta claro si hace referencia a personas con discapacidad que se les considere “enfermos”, o si se refiere en general a la población interna. En cualquier caso, la utilización de este término no parece pertinente.

Propuesta

Los programas de actividades deben ser promotores de la autonomía.

Sería útil sustituir el término “paciente” por “persona”.

Texto de la norma

Con el fin de incrementar las posibilidades de desinstitucionalización de la población internada y facilitar su inclusión en el medio social y familiar, así como su integración en los recursos sanitarios externos, en los Establecimientos o Unidades se establecerá,

con soporte escrito, una programación general de actividades rehabilitadoras, de formación y de capacitación así como programas individuales para cada paciente, no debiendo limitarse la aplicación de estas medidas a quienes presenten mayores posibilidades de reinserción laboral o social, sino abarcando también a aquellos que, aun teniendo más dificultades para su reinserción, puedan, no obstante, mejorar, mediante la aplicación de los correspondientes tratamientos, aspectos tales como la autonomía personal y la integración social.

.- NORMA. Real Decreto 1990/1996, Reglamento Penitenciario. Art. 190.

Contenido

Las comunicaciones con el exterior de los pacientes se fijarán en el marco del programa individual de rehabilitación de cada uno de aquéllos, indicando el número de comunicaciones y salidas, la duración de las mismas, las personas con quienes los pacientes puedan comunicar y las condiciones en que se celebren las mencionadas comunicaciones.

Comentario

Considerando el contexto del artículo, que se refiere a las comunicaciones con el exterior de los pacientes, a la luz de la Convención es importante tener en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad para asegurar que podrán disfrutar del acceso a los medios que les permitan la comunicación prevista. A este efecto, el artículo 2 de la Convención define lo que se entiende por comunicación y entre otras cosas incluye el braille.

Si bien estos centros en el ámbito de la discapacidad involucran la mental y la intelectual, puede haber concurrencia de discapacidades en algunas personas (una persona con una discapacidad mental que sea sorda, por citar un ejemplo)

Propuesta

Añadir un párrafo que especifique que tratándose de personas con discapacidad se les proporcionará los medios para facilitar el acceso a la comunicación prevista en el programa de rehabilitación que como pacientes estén cursando.

Texto de la norma

Las comunicaciones con el exterior de las personas internadas se fijarán en el marco del programa individual de rehabilitación de cada uno de aquéllos, indicando el número de comunicaciones y salidas, la duración de las mismas, las personas con quienes los pacientes puedan comunicar y las condiciones en que se celebren las mencionadas comunicaciones. Estas condiciones deberán establecerse atendiendo a la situación y necesidades de las personas internadas e incluirán, en su caso, la celebración de las comunicaciones en entornos y en formatos accesibles y la realización de ajustes razonables. El establecimiento de un régimen de comunicaciones más restrictivo que le establecido en las normas generales penitenciarias deberá ser especialmente justificado.

.- NORMA. Real Decreto 1990/1996, Reglamento Penitenciario. Art. 191.

Contenido

“Para fijar la ubicación y el diseño de las instalaciones psiquiátricas, deberán tenerse en cuenta, como elementos determinantes, factores tales como los criterios terapéuticos, la necesidad de favorecer el esparcimiento y la utilización del ocio por parte de los pacientes internados, así como la disposición de espacio suficiente para el adecuado desarrollo de las actividades terapéuticas y rehabilitadoras.

La Administración Penitenciaria procurará que la distribución territorial de las instalaciones psiquiátricas penitenciarias favorezca la rehabilitación de los enfermos a través del arraigo en su entorno familiar, mediante los correspondientes acuerdos y convenios con las Administraciones sanitarias competentes”.

Comentario

A la luz de lo dispuesto en el artículo 14 de la Convención, relativo a la libertad y seguridad de la persona, que prevé que en caso de privación de libertad de personas con discapacidad, estas sean tratadas conforme a los principios de la Convención incluyendo la prestación de ajustes razonables, la redacción vigente parece omitir la consideración sobre la situación de las personas con discapacidad privadas de libertad y en consecuencia los ajustes razonables o la previsión de instalaciones accesibles, supuesto que podría incurrir en la disposición prevista en la Convención respecto de la definición de “discriminación por motivos de discapacidad”. Igualmente, es importante considerar el hecho de que pueden existir personas con discapacidad que mas allá de los ajustes puedan requerir rehabilitación específica derivada de su situación específica, con la que deberían poder contar.

Propuesta

Añadir una redacción que incluya la previsión de considerar las necesidades de las personas con discapacidad en esta disposición, adoptando un enfoque social y no sólo médico o rehabilitador

Añadir en la redacción el término “personas con discapacidad”.

Texto de la norma

Para fijar la ubicación y el diseño de las instalaciones de Salud Mental, deberán tenerse en cuenta, como elementos determinantes, factores tales como los criterios terapéuticos, la necesidad de favorecer el esparcimiento y la utilización del ocio por parte de las personas internadas, así como la disposición de espacio suficiente para el adecuado desarrollo de las actividades terapéuticas y rehabilitadoras y de aquellas orientadas a favorecer la inclusión social de las personas cuando estas recuperen su libertad.

La Administración Penitenciaria procurará que la distribución territorial de las instalaciones de salud mental penitenciarias favorezca la rehabilitación y la inclusión social de los enfermos a través del arraigo en su entorno familiar, mediante los correspondientes acuerdos y convenios con las Administraciones públicas competentes.

.- NORMA RD 2070/1999, Regula las Actividades de Obtención y Utilización Clínica de Órganos Humanos y la Coordinación Territorial en Materia de Donación y Trasplante de Órganos y Tejidos (art. 9)

Contenido

Artículo 9. Donante vivo de órganos: condiciones y requisitos.

1. La extracción de órganos procedentes de donantes vivos para su ulterior trasplante en otra persona podrá realizarse si se cumplen las siguientes condiciones y requisitos:

a) El donante debe ser mayor de edad, gozar de plenas facultades mentales y de un estado de salud adecuado.

b) Debe tratarse de un órgano o parte de él, cuya extracción sea compatible con la vida y cuya función pueda ser compensada por el organismo del donante de forma adecuada y suficientemente segura.

c) El donante habrá de ser informado previamente de las consecuencias de su decisión, debiendo otorgar su consentimiento de forma expresa, libre, consciente y desinteresada. La información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad.

d) No podrá realizarse la extracción de órganos de personas que, por deficiencias psíquicas, enfermedad mental o cualquier otra causa, no puedan otorgar su consentimiento en la forma indicada. Tampoco podrá realizarse la extracción de órganos a menores de edad, aun con el consentimiento de los padres o tutores.

e) El destino del órgano extraído será su trasplante a una persona determinada con el propósito de mejorar sustancialmente su pronóstico vital o sus condiciones de vida.

2. La extracción de órganos de donantes vivos se limitará a situaciones en las que puedan esperarse grandes posibilidades de éxito del trasplante y no se aprecie que se altere el libre consentimiento del donante a que se refiere el apartado 1 c) de este artículo. Será necesario un informe preceptivo del Comité de Ética del hospital trasplantador.

En ningún caso se extraerán ni se utilizarán órganos de donantes vivos cuando por cualquier circunstancia pudiera considerarse que media condicionamiento económico o de otro tipo, social o psicológico.

3. El estado de salud físico y mental del donante deberá ser acreditado por un médico distinto del o de los que vayan a efectuar la extracción y el trasplante, que informará sobre los riesgos inherentes a la intervención, las consecuencias previsibles de orden somático o psicológico, las repercusiones que pueda suponer en su vida personal, familiar o profesional, así como de los beneficios que con el trasplante se espera haya de conseguir el receptor.

Los anteriores extremos se acreditarán mediante un certificado médico que hará necesariamente referencia al estado de salud, a la información facilitada y a la respuesta y motivaciones libremente expresadas por el interesado y, en su caso, a cualquier indicio de presión externa al mismo. El certificado incluirá la relación nominal de otros profesionales que puedan haber colaborado en tales tareas con el médico que certifica.

4. Para proceder a la extracción de órganos de donante vivo, el interesado deberá otorgar por escrito su consentimiento expreso ante el juez encargado del Registro Civil de la localidad de que se trate, tras las explicaciones del médico que ha de efectuar la extracción y en presencia del médico al que se refiere el apartado 3 de este artículo, del médico responsable del trasplante y de la persona a la que corresponda dar la conformidad para la intervención, según figure en el documento de autorización del centro.

El documento de cesión donde se manifiesta la conformidad del donante

será firmado por el interesado, el médico que ha de ejecutar la extracción y los demás asistentes. Cualquiera de ellos podrá oponerse eficazmente a la donación si albergan duda sobre que el consentimiento del donante se ha manifestado de forma expresa, libre, consciente y desinteresada. De dicho documento de cesión deberá facilitarse copia al interesado.

En ningún caso podrá efectuarse la extracción de órganos sin la firma previa de este documento.

5. Entre la firma del documento de cesión del órgano y la extracción del mismo deberán transcurrir al menos veinticuatro horas, pudiendo el donante revocar su consentimiento en cualquier momento antes de la intervención sin sujeción a formalidad alguna. Dicha revocación no podrá dar lugar a ningún tipo de indemnización.

6. La extracción de órganos procedentes de donantes vivos sólo podrá realizarse en los centros sanitarios expresamente autorizados para ello por la autoridad sanitaria de la Comunidad Autónoma correspondiente. Las condiciones y requisitos que deberán reunir dichos centros son las que se señalan en el artículo 11 del presente Real Decreto.

7. No obstante lo dispuesto en el artículo 8, deberá facilitarse al donante vivo asistencia sanitaria para su restablecimiento.

Comentario/Propuesta

Esta norma regula las condiciones y requisitos que debe cumplir un donante vivo de órgano sólido. Las adaptaciones que debe sufrir la norma son varias ya que hasta ahora muchas personas con discapacidad no eran consideradas candidatas idóneas. Se debe eliminar la referencia a las ‘plenas facultades mentales’ ya que resulta discriminatorio. La modificación introducida por el Real Decreto de adaptación normativa a la Convención para incluir la obligación de dar la información y prestar consentimiento en formatos accesibles, aunque positiva, debe considerarse insuficiente, pues no hace referencia expresa a los apoyos.

Propuesta

Artículo 9. Donante vivo de órganos: condiciones y requisitos.

1. La extracción de órganos procedentes de donantes vivos para su ulterior trasplante en otra persona podrá realizarse si se cumplen las siguientes condiciones y requisitos:

a) El donante debe ser mayor de edad y gozar de un estado de salud adecuado.

b) Debe tratarse de un órgano o parte de él, cuya extracción sea compatible con la vida y cuya función pueda ser compensada por el organismo del donante de forma adecuada y suficientemente segura.

c) El donante habrá de ser informado previamente de las consecuencias de su decisión, debiendo otorgar su consentimiento de forma expresa, libre, consciente y desinteresada. La información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles para todas las personas, también para las personas con discapacidad. El donante contará con la asistencia de todos los apoyos necesarios que requiera para otorgar su consentimiento.

d) No podrá realizarse la extracción de órganos de personas que no puedan otorgar su consentimiento. Tampoco podrá realizarse la extracción de

órganos a menores de edad, aun con el consentimiento de los padres o tutores.

e) El destino del órgano extraído será su trasplante a una persona determinada con el propósito de mejorar sustancialmente su pronóstico vital o sus condiciones de vida.

2. La extracción de órganos de donantes vivos se limitará a situaciones en las que puedan esperarse grandes posibilidades de éxito del trasplante y no se aprecie que se altere el libre consentimiento del donante a que se refiere el apartado 1 c) de este artículo. Será necesario un informe preceptivo del Comité de Ética del hospital trasplantador.

En ningún caso se extraerán ni se utilizarán órganos de donantes vivos cuando por cualquier circunstancia pudiera considerarse que media condicionamiento económico o de otro tipo, social o psicológico.

3. El estado de salud del donante deberá ser acreditado por un médico distinto del o de los que vayan a efectuar la extracción y el trasplante, que informará de forma accesible y atendiendo a las necesidades de la persona sobre los riesgos inherentes a la intervención, las consecuencias previsibles de orden somático o psicológico, las repercusiones que pueda suponer en su vida personal, familiar o profesional, así como de los beneficios que con el trasplante se espera haya de conseguir el receptor.

Los anteriores extremos se acreditarán mediante un certificado médico que hará necesariamente referencia al estado de salud, a la información facilitada y a la respuesta y motivaciones libremente expresadas por el interesado y, en su caso, a cualquier indicio de presión externa al mismo. El certificado incluirá la relación nominal de otros profesionales que puedan haber colaborado en tales tareas con el médico que certifica.

4. Para proceder a la extracción de órganos de donante vivo, el interesado deberá otorgar por escrito o mediante otro formato que permita comprobar su voluntad inequívoca su consentimiento expreso ante el juez encargado del Registro Civil de la localidad de que se trate, tras las explicaciones del médico que ha de efectuar la extracción y en presencia del médico al que se refiere el apartado 3 de este artículo, del médico responsable del trasplante y de la persona a la que corresponda dar la conformidad para la intervención, según figure en el documento de autorización del centro.

El documento de cesión donde se manifiesta la conformidad del donante será firmado o validado de forma fehaciente para demostrar su voluntad inequívoca por el interesado, el médico que ha de ejecutar la extracción y los demás asistentes. Cualquiera de ellos podrá oponerse eficazmente a la donación si albergan duda sobre que el consentimiento del donante se ha manifestado de forma expresa, libre, consciente y desinteresada. De dicho documento de cesión deberá facilitarse copia al interesado.

En ningún caso podrá efectuarse la extracción de órganos sin la firma o la validación previa de este documento.

5. Entre la firma o validación del documento de cesión del órgano y la extracción del mismo deberán transcurrir al menos veinticuatro horas, pudiendo el donante revocar su consentimiento en cualquier momento antes de la intervención sin sujeción a formalidad alguna. Dicha revocación no podrá dar lugar a ningún tipo de indemnización.

6. La extracción de órganos procedentes de donantes vivos sólo podrá realizarse en los centros sanitarios expresamente autorizados para ello por la autoridad sanitaria de la Comunidad Autónoma correspondiente. Las

condiciones y requisitos que deberán reunir dichos centros son las que se señalan en el artículo 11 del presente Real Decreto.

7. No obstante lo dispuesto en el artículo 8, deberá facilitarse al donante vivo asistencia sanitaria para su restablecimiento.

.- NORMA RD 2070/1999, Regula las Actividades de Obtención y Utilización Clínica de Órganos Humanos y la Coordinación Territorial en Materia de Donación y Trasplante de Órganos y Tejidos (art. 10)

Contenido

Artículo 10. Extracción de órganos de fallecidos: condiciones y requisitos.

1. La obtención de órganos de donantes fallecidos para fines terapéuticos podrá realizarse si se cumplen las condiciones y requisitos siguientes:

a) Que la persona fallecida, de la que se pretende extraer órganos, no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la extracción de órganos. Dicha oposición, así como su conformidad si la desea expresar, podrá referirse a todo tipo de órganos o solamente a alguno de ellos, y será respetada cualquiera que sea la forma en la que se haya expresado.

En el caso de que se trate de menores de edad o personas incapacitadas, la oposición podrá hacerse constar por quienes hubieran ostentado en vida de aquéllos su representación legal, conforme a lo establecido en la legislación civil.

b) Siempre que se pretenda proceder a la extracción de órganos de donantes fallecidos en un centro autorizado, la persona a quien corresponda dar la conformidad para la extracción o en quien delegue, según lo especificado en el artículo 11.3, deberá realizar las siguientes comprobaciones pertinentes:

1º Información sobre si el interesado hizo patente su voluntad a alguno de sus familiares o de los profesionales que le han atendido en el centro sanitario, a través de las anotaciones que los mismos hayan podido realizar en el Libro de Registro de Declaraciones de Voluntad o en la historia clínica.

2º Examen de la documentación y pertenencias personales que el difunto llevaba consigo.

Siempre que las circunstancias no lo impidan, se deberá facilitar a los familiares presentes en el centro sanitario información sobre la necesidad, naturaleza y circunstancias de la extracción, restauración, conservación o prácticas de sanidad mortuoria.

2. La extracción de órganos de fallecidos sólo podrá hacerse previa comprobación y certificación de la muerte realizadas en la forma, con los requisitos y por profesionales cualificados, con arreglo a lo establecido en este Real Decreto y teniendo en cuenta los protocolos incluidos en el Anexo I del presente Real Decreto, las exigencias éticas, los avances científicos en la materia y la práctica médica generalmente aceptada.

Los citados profesionales deberán ser médicos con cualificación o especialización adecuadas para esta finalidad, distintos de aquellos médicos que hayan de intervenir en la extracción o el trasplante y no estarán sujetos a las instrucciones de éstos.

La muerte del individuo podrá certificarse tras la confirmación del cese irreversible de las funciones cardiorrespiratorias o del cese irreversible de las funciones encefálicas. Será registrada como hora de fallecimiento del paciente la hora en que se completó el diagnóstico de la muerte.

3. El cese irreversible de las funciones cardiorrespiratorias se reconocerá mediante un examen clínico adecuado tras un período apropiado de observación. Los criterios diagnósticos clínicos, los períodos de observación, así como las pruebas confirmatorias que se requieran según las circunstancias médicas, se ajustarán a los protocolos incluidos en el Anexo I del presente Real Decreto.

En el supuesto expresado en el párrafo anterior, y a efectos de la certificación de muerte y de la extracción de órganos, será exigible la existencia de un certificado de defunción extendido por un médico diferente de aquel que interviene en la extracción o el trasplante.

4. El cese irreversible de las funciones encefálicas, esto es, la constatación de coma arreactivo de etiología estructural conocida y carácter irreversible se reconocerá mediante un examen clínico adecuado tras un período apropiado de observación. Los criterios diagnósticos clínicos, los períodos de observación, así como las pruebas confirmatorias que se requieran según las circunstancias médicas, se ajustarán a los protocolos incluidos en el Anexo I del presente Real Decreto.

En el supuesto expresado en el párrafo anterior, y a efectos de la certificación de muerte y de la extracción de órganos, será exigible la existencia de un certificado médico firmado por tres médicos, entre los que debe figurar un neurólogo o neurocirujano y el Jefe de Servicio de la unidad médica donde se encuentre ingresado, o su sustituto. En ningún caso, dichos facultativos podrán formar parte del equipo extractor o trasplantador de los órganos que se extraigan.

5. En los casos de muerte accidental, así como cuando medie una investigación judicial, antes de efectuarse la extracción de órganos deberá recabarse la autorización del juez que corresponda, el cual, previo informe del médico forense, deberá concederla siempre que no se obstaculice el resultado de la instrucción de las diligencias penales.

a) En los casos de muerte por parada cardiorrespiratoria, se efectuarán por el médico encargado de la extracción las técnicas de preservación para asegurar la viabilidad de los órganos, previa comunicación al Juzgado de Instrucción competente, a fin de que, si lo estima necesario, pueda establecer cualquier limitación o indicación positiva para su práctica.

Transcurrido el tiempo establecido en los protocolos referidos en el Anexo I desde la comunicación sin que el Juzgado haya formulado indicación alguna, se iniciarán las técnicas de preservación, extrayendo previamente muestras de líquidos biológicos y cualquier otra muestra que pudiera estimarse oportuna en un futuro de acuerdo con los protocolos referidos en el Anexo I de este Real Decreto.

Estos protocolos regularán también la «cadena de custodia» de las muestras depositadas en el hospital, a disposición del juez instructor, que determinará su destino.

b) La solicitud de la extracción de órganos deberá acompañarse del certificado de defunción referido en los apartados 3 ó 4 de este artículo, según se trate, junto con un informe médico explicativo de las circunstancias

personales y de ingreso en el hospital, y una hoja acreditativa, firmada por el responsable a quien corresponda dar la conformidad para la extracción, de que el médico o médicos que firman el certificado de defunción son distintos al que va a realizar la extracción de órganos y/o el trasplante.

6. Por parte del responsable al que corresponda dar la conformidad para la extracción, o persona en quien delegue, según lo determinado para la autorización del centro en el artículo 11.3, se deberá extender un documento en el que se haga constancia expresa de que:

a) Se han realizado las comprobaciones sobre la voluntad del fallecido, establecidas en el apartado 1 de este artículo, o de las personas que ostenten su representación legal.

b) Se ha facilitado la información a los familiares a la que se refiere el apartado 1 de este artículo, siempre que las circunstancias objetivas no lo hayan impedido, haciendo constar esta última situación si ocurriera.

c) Se ha comprobado y certificado la muerte, como se establece en los apartados 3 ó 4, según corresponda, de este artículo, y que se adjunta al documento de autorización dicho certificado médico de defunción.

d) En las situaciones de fallecimiento contempladas en el apartado 5 de este artículo, se cuenta con la autorización del juez que corresponda.

e) El centro hospitalario donde se va a realizar la extracción está autorizado para ello y que dicha autorización está en vigor.

f) Se hagan constar los órganos para los que no se autoriza la extracción, teniendo en cuenta las restricciones que puede haber establecido el donante de acuerdo a lo que figura en el apartado 1 de este artículo.

g) Se hagan constar el nombre, apellidos y cualificación profesional de los médicos que han certificado la defunción, y que ninguno de estos facultativos forma parte del equipo extractor o trasplantador.

Comentario/Propuesta

Esta norma regula la extracción de órganos cuando la persona ha fallecido señalando una serie de condiciones y requisitos para que se lleve a cabo. La adecuación de la norma a la Convención requiere que se acepte cualquier medio que permita conocer la voluntad inequívoca de la persona. La relación con el documento de instrucciones previas es evidente ya que en este documento se puede establecer cuál va a ser el destino de los órganos. Debe cuidarse que los criterios técnicos médicos para la extracción de los órganos no suponga una vulneración de los principios del modelo social de la discapacidad.

Texto de la norma

Artículo 10. Extracción de órganos de fallecidos: condiciones y requisitos.

1. La obtención de órganos de donantes fallecidos para fines terapéuticos podrá realizarse si se cumplen las condiciones y requisitos siguientes:

a) Que la persona fallecida, de la que se pretende extraer órganos, no haya dejado constancia expresa, ya sea por escrito o por cualquier formato que permita comprobar la inequívoca voluntad, de su oposición a que después de su muerte se realice la extracción de órganos. Dicha oposición, así como su conformidad si la desea expresar, podrá referirse a todo tipo de órganos o solamente a alguno de ellos, y será respetada cualquiera que sea la forma en la que se haya expresado.

Si no hay constancia o si se trata de menores de edad, la oposición podrá hacerse por aquellas personas con las mantuviera una relación familiar, de hecho o fuesen su representante legal, conforme a lo establecido en la legislación civil.

b) Siempre que se pretenda proceder a la extracción de órganos de donantes fallecidos en un centro autorizado, la persona a quien corresponda dar la conformidad para la extracción o en quien delegue, según lo especificado en el artículo 11.3, deberá realizar las siguientes comprobaciones pertinentes:

1º Información sobre si el interesado hizo patente su voluntad a alguno de sus familiares o de los profesionales que le han atendido en el centro sanitario, a través de las anotaciones que los mismos hayan podido realizar en el Libro de Registro de Declaraciones de Voluntad o en la historia clínica.

2º Examen de la documentación y pertenencias personales que el difunto llevaba consigo.

Siempre que las circunstancias no lo impidan, se deberá facilitar a los familiares presentes en el centro sanitario información sobre la necesidad, naturaleza y circunstancias de la extracción, restauración, conservación o prácticas de sanidad mortuoria.

2. La extracción de órganos de fallecidos sólo podrá hacerse previa comprobación y certificación de la muerte realizadas en la forma, con los requisitos y por profesionales cualificados, con arreglo a lo establecido en este Real Decreto y teniendo en cuenta los protocolos incluidos en el Anexo I del presente Real Decreto, las exigencias éticas, los avances científicos en la materia y la práctica médica generalmente aceptada.

Los citados profesionales deberán ser médicos con cualificación o especialización adecuadas para esta finalidad, distintos de aquellos médicos que hayan de intervenir en la extracción o el trasplante y no estarán sujetos a las instrucciones de éstos.

La muerte del individuo podrá certificarse tras la confirmación del cese irreversible de las funciones cardiorrespiratorias o del cese irreversible de las funciones encefálicas. Será registrada como hora de fallecimiento del paciente la hora en que se completó el diagnóstico de la muerte.

3. El cese irreversible de las funciones cardiorrespiratorias se reconocerá mediante un examen clínico adecuado tras un período apropiado de observación. Los criterios diagnósticos clínicos, los períodos de observación, así como las pruebas confirmatorias que se requieran según las circunstancias médicas, se ajustarán a los protocolos incluidos en el Anexo I del presente Real Decreto.

En el supuesto expresado en el párrafo anterior, y a efectos de la certificación de muerte y de la extracción de órganos, será exigible la existencia de un certificado de defunción extendido por un médico diferente de aquel que interviene en la extracción o el trasplante.

4. El cese irreversible de las funciones encefálicas, esto es, la constatación de coma arreactivo de etiología estructural conocida y carácter irreversible se reconocerá mediante un examen clínico adecuado tras un período apropiado de observación. Los criterios diagnósticos clínicos, los períodos de observación, así como las pruebas confirmatorias que se requieran según las circunstancias médicas, se ajustarán a los protocolos incluidos en el Anexo I del presente Real Decreto.

En el supuesto expresado en el párrafo anterior, y a efectos de la

certificación de muerte y de la extracción de órganos, será exigible la existencia de un certificado médico firmado por tres médicos, entre los que debe figurar un neurólogo o neurocirujano y el Jefe de Servicio de la unidad médica donde se encuentre ingresado, o su sustituto. En ningún caso, dichos facultativos podrán formar parte del equipo extractor o trasplantador de los órganos que se extraigan.

5. En los casos de muerte accidental, así como cuando medie una investigación judicial, antes de efectuarse la extracción de órganos deberá recabarse la autorización del juez que corresponda, el cual, previo informe del médico forense, deberá concederla siempre que no se obstaculice el resultado de la instrucción de las diligencias penales.

a) En los casos de muerte por parada cardiorrespiratoria, se efectuarán por el médico encargado de la extracción las técnicas de preservación para asegurar la viabilidad de los órganos, previa comunicación al Juzgado de Instrucción competente, a fin de que, si lo estima necesario, pueda establecer cualquier limitación o indicación positiva para su práctica.

Transcurrido el tiempo establecido en los protocolos referidos en el Anexo I desde la comunicación sin que el Juzgado haya formulado indicación alguna, se iniciarán las técnicas de preservación, extrayendo previamente muestras de líquidos biológicos y cualquier otra muestra que pudiera estimarse oportuna en un futuro de acuerdo con los protocolos referidos en el Anexo I de este Real Decreto.

Estos protocolos regularán también la «cadena de custodia» de las muestras depositadas en el hospital, a disposición del juez instructor, que determinará su destino.

b) La solicitud de la extracción de órganos deberá acompañarse del certificado de defunción referido en los apartados 3 ó 4 de este artículo, según se trate, junto con un informe médico explicativo de las circunstancias personales y de ingreso en el hospital, y una hoja acreditativa, firmada por el responsable a quien corresponda dar la conformidad para la extracción, de que el médico o médicos que firman el certificado de defunción son distintos al que va a realizar la extracción de órganos y/o el trasplante.

6. Por parte del responsable al que corresponda dar la conformidad para la extracción, o persona en quien delegue, según lo determinado para la autorización del centro en el artículo 11.3, se deberá extender un documento en el que se haga constancia expresa de que:

a) Se han realizado las comprobaciones sobre la voluntad del fallecido, establecidas en el apartado 1 de este artículo, o de las personas que ostenten su representación legal.

b) Se ha facilitado la información a los familiares a la que se refiere el apartado 1 de este artículo, siempre que las circunstancias objetivas no lo hayan impedido, haciendo constar esta última situación si ocurriera.

c) Se ha comprobado y certificado la muerte, como se establece en los apartados 3 ó 4, según corresponda, de este artículo, y que se adjunta al documento de autorización dicho certificado médico de defunción.

d) En las situaciones de fallecimiento contempladas en el apartado 5 de este artículo, se cuenta con la autorización del juez que corresponda.

e) El centro hospitalario donde se va a realizar la extracción está autorizado para ello y que dicha autorización está en vigor.

f) Se hagan constar los órganos para los que no se autoriza la

extracción, teniendo en cuenta las restricciones que puede haber establecido el donante de acuerdo a lo que figura en el apartado 1 de este artículo.

g) Se hagan constar el nombre, apellidos y cualificación profesional de los médicos que han certificado la defunción, y que ninguno de estos facultativos forma parte del equipo extractor o trasplantador.

.- NORMA RD 223/2004, Ensayos Clínicos con Medicamentos (art. 2)

Contenido

Artículo 2. Definiciones.

A los efectos de lo dispuesto en este Real Decreto, se aplicarán las siguientes definiciones:

(...)

m) Consentimiento informado: decisión, que debe figurar por escrito y estar fechada y firmada, de participar en un ensayo clínico adoptada voluntariamente por una persona capaz de dar su consentimiento tras haber sido debidamente informada y documentada acerca de su naturaleza, importancia, implicaciones y riesgos.

En el supuesto de que el sujeto tenga un impedimento para escribir, el consentimiento podrá otorgarse de forma oral en presencia de al menos un testigo.

Cuando quien haya de otorgar el consentimiento sea una persona con discapacidad, la información se le ofrecerá en formatos adecuados, según las reglas marcadas por el principio de diseño para todos, de manera que le resulte accesible y comprensible, y se arbitrarán las medidas de apoyo pertinentes para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento.

Cuando el sujeto del ensayo no sea una persona capaz para dar su consentimiento, la decisión deberá adoptarse por su representante legal en los términos previstos en el artículo 7.»

Comentario/Propuesta

Este artículo ha sido modificado por el artículo 11 del RD 1276/2011 con el fin de incluir la accesibilidad de la información y la presencia de apoyos pero no ha alterado el consentimiento por representación. Además se considera que tanto la accesibilidad como los apoyos podrían proyectarse más allá de las situaciones de discapacidad.

Texto de la norma

Artículo 2. Definiciones.

A los efectos de lo dispuesto en este Real Decreto, se aplicarán las siguientes definiciones:

(...)

m) Consentimiento informado: decisión, que debe figurar por escrito y estar fechada y firmada, de participar en un ensayo clínico adoptada voluntariamente por una persona capaz de dar su consentimiento tras haber recibido los apoyos

necesarios y haber sido debidamente informada y documentada acerca de su naturaleza, importancia, implicaciones y riesgos.

En el supuesto de que el sujeto tenga un impedimento para escribir, el consentimiento podrá otorgarse de forma oral en presencia de al menos un testigo o mediante cualquier medio comprensible, archivable y documentable que permita conocer la voluntad inequívoca de una persona.

La información se ofrecerá en formatos adecuados, según las reglas marcadas por el principio de diseño para todos, de manera que le resulte accesible y comprensible para todas las personas, incluidas las personas con discapacidad. Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de los apoyos que resulten necesarios para prestar por sí su consentimiento. El consentimiento otorgado por una persona que cuente con un plan personalizado de medidas de apoyo deberá otorgarse de conformidad con lo señalado en dicho plan.

.- NORMA RD 223/2004, Ensayos Clínicos con Medicamentos (art. 3)

Contenido

Artículo 3. Postulados éticos.

(...)

8. Los sujetos participantes en ensayos clínicos sin beneficio potencial directo para el sujeto en investigación recibirán del promotor la compensación pactada por las molestias sufridas. La cuantía de la compensación económica estará en relación con las características del ensayo, pero en ningún caso será tan elevada como para inducir a un sujeto a participar por motivos distintos del interés por el avance científico.

La contraprestación que se hubiera pactado por la participación voluntaria en el ensayo se percibirá en todo caso, si bien se reducirá proporcionalmente según la participación del sujeto en la experimentación, en el supuesto de que decida revocar su consentimiento y abandonar el ensayo.

En los casos extraordinarios de investigaciones sin beneficio potencial directo para el sujeto en investigación en menores e incapaces, para evitar la posible explotación de estos sujetos, no se producirá ninguna compensación económica por parte del promotor, a excepción del reintegro de los gastos extraordinarios y pérdidas de productividad que se deriven de la participación del sujeto en el ensayo.

(...)

10. Los sujetos del ensayo dispondrán de un punto donde puedan obtener mayor información sobre el ensayo, que constará en la hoja de información para el sujeto.

En el caso de personas con discapacidad, esta información complementaria se ofrecerá en la forma prevista en la letra m) del artículo anterior.»

Comentario/Propuesta

La adecuación de esta norma a la Convención requiere que a las personas con discapacidad no se les incluya en el mismo supuesto que a los menores de edad y que se permita, con las debidas garantías, su participación en los ensayos clínicos con

medicamentos en igualdad de condiciones que las demás personas. Este artículo ha sido mínimamente modificado por el artículo 11 del RD 1276/2011, que incorpora en el apartado 10 la obligación de ofrecer la información suplementaria a la que se refiere cumpliendo las exigencias que se señalan en la letra m del art. 2 antes comentado. En todo caso, esta reforma no tiene la extensión que sería recomendable para ajustar este precepto a la Convención.

Texto de la norma

Artículo 3. Postulados éticos.

(...)

8. Los sujetos participantes en ensayos clínicos sin beneficio potencial directo para el sujeto en investigación recibirán del promotor la compensación pactada por las molestias sufridas. La cuantía de la compensación económica estará en relación con las características del ensayo, pero en ningún caso será tan elevada como para inducir a un sujeto a participar por motivos distintos del interés por el avance científico.

La contraprestación que se hubiera pactado por la participación voluntaria en el ensayo se percibirá en todo caso, si bien se reducirá proporcionalmente según la participación del sujeto en la experimentación, en el supuesto de que decida revocar su consentimiento y abandonar el ensayo.

En los casos extraordinarios de investigaciones sin beneficio potencial directo para el sujeto en investigación en menores, para evitar la posible explotación de estos sujetos, no se producirá ninguna compensación económica por parte del promotor, a excepción del reintegro de los gastos extraordinarios y pérdidas de productividad que se deriven de la participación del sujeto en el ensayo.

La contraprestación que se hubiera pactado por la participación voluntaria en el ensayo se percibirá en todo caso, si bien se reducirá proporcionalmente según la participación del sujeto en la experimentación, en el supuesto de que decida revocar su consentimiento y abandonar el ensayo.

(...)

10. Los sujetos del ensayo dispondrán de un punto donde puedan obtener mayor información sobre el ensayo, que constará en la hoja de información para el sujeto.

En el caso de personas con discapacidad, esta información complementaria se ofrecerá en la forma prevista en la letra m) del artículo anterior.»

.- NORMA RD 223/2004, Ensayos Clínicos con Medicamentos (art. 5)

Contenido

Artículo 5. De los ensayos clínicos con adultos incapacitados.

Sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones generales establecidas en el artículo 3, solo se podrán realizar ensayos clínicos en adultos que no estén en condiciones de dar su consentimiento informado y que no lo hayan dado con anterioridad al comienzo de su incapacidad, cuando se cumplan, además, las siguientes condiciones especiales:

a) Que los ensayos sean de interés específico para la población que se

investiga, y dicha investigación sea esencial para validar datos procedentes de ensayos clínicos efectuados en personas capaces de otorgar su consentimiento informado u obtenidos por otros medios de investigación. Además, la investigación deberá guardar relación directa con alguna enfermedad que padezca el adulto incapaz, y que ésta le debilite o ponga en peligro su vida.

b) Que el bienestar del sujeto prevalezca sobre los intereses de la ciencia y de la sociedad, y existan datos que permitan prever que reporta algún beneficio al paciente que prevalezca sobre los riesgos o no produzca ningún riesgo.

c) Que el consentimiento informado se ajuste a lo especificado en el artículo 7.3. En todo caso, los sujetos no deben haberse negado a dar su consentimiento informado con anterioridad al comienzo de su incapacidad.

d) Que el protocolo sea aprobado por un Comité Ético de Investigación Clínica que cuente con expertos en la enfermedad en cuestión o que haya recabado asesoramiento de este tipo de expertos sobre las cuestiones clínicas, éticas y psicosociales en el ámbito de la enfermedad y del grupo de pacientes afectado.

Comentario/Propuesta

El artículo 5 requiere una reforma substancial ya que parte de una premisa errónea que ha sido modificada por la Convención. Debe diferenciarse nítidamente a las personas con discapacidad que sean mayores de edad de las personas que no pueden prestar consentimiento ya que se trata de dos casos diferentes. Los primeros son capaces de otorgar su consentimiento si cuentan con los apoyos necesarios y los segundos no tienen esa capacidad. Este artículo debe concordarse con lo establecido en el artículo 7.3 del mismo Real Decreto.

Texto de la norma

Artículo 5. De los ensayos clínicos con personas que no pueden prestar consentimiento.

Sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones generales establecidas en el artículo 3, solo se podrán realizar ensayos clínicos con personas que no pueden dar su consentimiento informado tampoco con los apoyos pertinentes y que no lo hayan dado con anterioridad, cuando se cumplan, además, las siguientes condiciones especiales:

a) Que los ensayos sean de interés específico para la población que se investiga, y dicha investigación sea esencial para validar datos procedentes de ensayos clínicos efectuados en personas capaces de otorgar su consentimiento informado u obtenidos por otros medios de investigación. Además, la investigación deberá guardar relación directa con alguna enfermedad que padezca la persona sobre la que recae el ensayo, y que ésta le debilite o ponga en peligro su vida.

b) Que el bienestar del sujeto prevalezca sobre los intereses de la ciencia y de la sociedad, y existan datos que permitan prever que reporta algún beneficio al paciente que prevalezca sobre los riesgos o no produzca ningún riesgo.

c) Que el consentimiento informado se ajuste a lo especificado en el artículo 7.3.

d) Que el protocolo sea aprobado por un Comité Ético de Investigación Clínica que cuente con expertos en la enfermedad o en la situación en la que se

encuentra la persona en cuestión o que haya recabado asesoramiento de este tipo de expertos sobre las cuestiones clínicas, éticas y psicosociales en el ámbito de la enfermedad o de la situación y del grupo de pacientes afectado

.- NORMA RD 223/2004, Ensayos Clínicos con Medicamentos (art. 6)

Contenido

Artículo 6. De los ensayos clínicos sin beneficio directo para la salud de los sujetos.

1. En los ensayos clínicos sin beneficio potencial directo para la salud de los sujetos participantes, el riesgo que estos sujetos asuman estará justificado en razón del beneficio esperado para la colectividad.

2. En menores y en sujetos incapacitados podrán realizarse ensayos sin beneficio potencial directo para el sujeto únicamente si, además de tenerse en cuenta lo dispuesto en los artículos 4 y 5, el Comité Ético de Investigación Clínica considera que se cumplen los siguientes requisitos:

a) Que se adoptan las medidas necesarias para garantizar que el riesgo sea mínimo.

b) Que las intervenciones a que van a ser sometidos los sujetos del ensayo son equiparables a las que corresponden a la práctica médica habitual en función de su situación médica, psicológica o social.

c) Que del ensayo se pueden obtener conocimientos relevantes sobre la enfermedad o situación objeto de investigación, de vital importancia para entenderla, paliarla o curarla.

d) Que estos conocimientos no pueden ser obtenidos de otro modo.

e) Que existen garantías sobre la correcta obtención del consentimiento informado, de acuerdo con lo contemplado en el artículo.

Comentario/Propuesta

Es necesario diferenciar a las personas con discapacidad de los menores de edad y de las personas cuya situación clínica les impida tomar una decisión.

Texto de la norma

Artículo 6. De los ensayos clínicos sin beneficio directo para la salud de los sujetos.

1. En los ensayos clínicos sin beneficio potencial directo para la salud de los sujetos participantes, el riesgo que estos sujetos asuman estará justificado en razón del beneficio esperado para la colectividad.

2. En menores, en personas que precisan de apoyos obligatorios o en personas cuya situación clínica le impida prestar consentimiento, podrán realizarse ensayos sin beneficio potencial directo para el sujeto únicamente si, además de tenerse en cuenta lo dispuesto en los artículos 4 y 5, el Comité Ético de Investigación Clínica considera que se cumplen los siguientes requisitos:

a) Que se adoptan las medidas necesarias para garantizar que el riesgo sea mínimo.

b) Que las intervenciones a que van a ser sometidos los sujetos del ensayo son equiparables a las que corresponden a la práctica médica habitual en función de su situación médica, psicológica o social.

c) Que del ensayo se pueden obtener conocimientos relevantes sobre la enfermedad o situación objeto de investigación, de vital importancia para entenderla, paliarla o curarla.

d) Que estos conocimientos no pueden ser obtenidos de otro modo.

e) Que existen garantías sobre la correcta obtención del consentimiento informado, de acuerdo con lo contemplado en el artículo 7.

.- NORMA RD 223/2004, Ensayos Clínicos con Medicamentos. Art. 7

Contenido

Artículo 7. Del consentimiento informado.

1. La obtención del consentimiento informado debe tener en cuenta los aspectos indicados en las recomendaciones europeas al respecto y que se recogen en las instrucciones para la realización de ensayos clínicos en España o, en su caso, en las directrices de la Unión Europea.

2. El sujeto del ensayo deberá otorgar su consentimiento después de haber entendido, mediante una entrevista previa con el investigador o un miembro del equipo de investigación, los objetivos del ensayo, sus riesgos e inconvenientes, así como las condiciones en las que se llevará a cabo, y después de haber sido informado de su derecho a retirarse del ensayo en cualquier momento sin que ello le ocasione perjuicio alguno.

El consentimiento se documentará mediante una hoja de información para el sujeto y el documento de consentimiento. La hoja de información contendrá únicamente información relevante, expresada en términos claros y comprensibles para los sujetos, y estará redactada en la lengua propia del sujeto.

3. Cuando el sujeto del ensayo no sea una persona capaz para dar su consentimiento o no esté en condiciones de hacerlo, la decisión deberá adoptarse, teniendo en cuenta lo indicado en este artículo.

a) Si el sujeto del ensayo es menor de edad:

1º Se obtendrá el consentimiento informado previo de los padres o del representante legal del menor; el consentimiento deberá reflejar la presunta voluntad del menor y podrá retirarse en cualquier momento sin perjuicio alguno para él. Cuando el menor tenga 12 o más años, deberá prestar además su consentimiento para participar en el ensayo.

2º El menor recibirá, de personal que cuente con experiencia en el trato con menores, una información sobre el ensayo, los riesgos y los beneficios adecuada a su capacidad de entendimiento.

3º El investigador aceptará el deseo explícito del menor de negarse a participar en el ensayo o de retirarse en cualquier momento, cuando éste sea capaz de formarse una opinión en función de la información recibida.

4º El promotor pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal las autorizaciones de los ensayos clínicos cuya población incluya a menores.

b) Si el sujeto es un adulto sin capacidad para otorgar su consentimiento informado:

1º Deberá obtenerse el consentimiento informado de su representante legal, tras haber sido informado sobre los posibles riesgos, incomodidades y beneficios del ensayo. El consentimiento deberá reflejar la presunta voluntad

del sujeto y podrá ser retirado en cualquier momento sin perjuicio para éste.

2° Cuando las condiciones del sujeto lo permitan, este deberá prestar además su consentimiento para participar en el ensayo, después de haber recibido toda la información pertinente adaptada a su nivel de entendimiento. En este caso, el investigador deberá tener en cuenta la voluntad de la persona incapaz de retirarse del ensayo.

4. Cuando el ensayo clínico tenga un interés específico para la población en la que se realiza la investigación y lo justifiquen razones de necesidad en la administración del medicamento en investigación, podrá someterse a un sujeto a un ensayo clínico sin obtener el consentimiento previo en los siguientes casos:

a) Si existe un riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del sujeto, se carece de una alternativa terapéutica apropiada en la práctica clínica y no es posible obtener su consentimiento o el de su representante legal. En este caso, siempre que las circunstancias lo permitan, se consultará previamente a las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

b) Si el sujeto no es capaz para tomar decisiones debido a su estado físico o psíquico y carece de representante legal. En este caso, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

En ambos casos, esta eventualidad y la forma en que se procederá debe hallarse prevista en la documentación del ensayo aprobada por el Comité Ético de Investigación Clínica, y el sujeto o su representante legal será informado en cuanto sea posible y deberá otorgar su consentimiento para continuar en el ensayo si procediera.

5. El sujeto participante en un ensayo clínico, o su representante legal, podrán revocar su consentimiento en cualquier momento, sin expresión de causa y sin que por ello se derive para el sujeto participante responsabilidad ni perjuicio alguno.

Comentario/Propuesta

La reforma de este artículo es capital para que otras reformas de esta misma norma tengan algún sentido. Debe procederse a establecer un consentimiento informado con ciertas especificidades.

Texto de la norma

Artículo 7. Del consentimiento informado.

1. La obtención del consentimiento informado debe tener en cuenta los aspectos indicados en las recomendaciones europeas al respecto y que se recogen en las instrucciones para la realización de ensayos clínicos en España o, en su caso, en las directrices de la Unión Europea.

2. El sujeto del ensayo deberá otorgar su consentimiento después de haber recibido los apoyos necesarios y entendido, mediante una entrevista previa con el investigador o un miembro del equipo de investigación, los objetivos del ensayo, sus riesgos e inconvenientes, así como las condiciones en las que se llevará a cabo, y después de haber sido informado de su derecho a retirarse del ensayo en cualquier momento sin que ello le ocasione perjuicio alguno.

El consentimiento se documentará mediante una hoja de información para el sujeto y el documento de consentimiento. La hoja de información contendrá únicamente información relevante, expresada en términos claros y

comprensibles para los sujetos, y estará redactada en la lengua propia del sujeto. La hoja de información deberá ser accesible y la información deberá estar adaptada a las necesidades de la persona.

3. Cuando el sujeto del ensayo sea menor de edad se deberán tener en cuenta las siguientes previsiones: a) Se obtendrá el consentimiento informado previo de los padres o del representante legal del menor; el consentimiento deberá reflejar la presunta voluntad del menor y podrá retirarse en cualquier momento sin perjuicio alguno para él. Cuando el menor tenga 12 o más años, deberá prestar además su consentimiento para participar en el ensayo.

b) El menor recibirá, de personal que cuente con experiencia en el trato con menores, una información sobre el ensayo, los riesgos y los beneficios adecuada a su capacidad de entendimiento.

c) El investigador aceptará el deseo explícito del menor de negarse a participar en el ensayo o de retirarse en cualquier momento, cuando éste sea capaz de formarse una opinión en función de la información recibida.

d) El promotor pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal las autorizaciones de los ensayos clínicos cuya población incluya a menores

4º Cuando el sujeto sea una persona que precisa apoyos en la toma de decisiones:

a) Se garantizará el cumplimiento de las condiciones de accesibilidad de la información y del consentimiento señaladas en el artículo 2 m)

b) Se reconocerán los apoyos con los que cuente la persona y se prestarán, en caso de que carezca de ellos, los apoyos necesarios. En el caso de que la persona cuente con un plan personalizado de medidas de apoyo el consentimiento deberá otorgarse de conformidad con lo señalado en dicho plan.

c) El médico responsable asegurará y hará constar que estas personas han contado con los apoyos necesarios en el proceso de toma de decisiones y velará por su adecuado funcionamiento de acuerdo con lo señalado en los arts. XX y ss. del Código civil. La prestación del consentimiento con apoyos deberá ponerse en conocimiento del Ministerio Fiscal

d) Si la persona se encuentra en una situación que le impide expresar su voluntad deberá obtenerse el consentimiento informado de las personas que desempeñan apoyos obligatorios respetando lo señalado en su plan personalizado tras haber sido informadas sobre los posibles riesgos, incomodidades y beneficios del ensayo. El consentimiento deberá tener en cuenta la identidad de la persona, su historia de vida y sus circunstancias personales y sociales, y podrá ser retirado en cualquier momento sin perjuicio para éste. El médico responsable del ensayo velará por el adecuado funcionamiento de estos apoyos obligatorios. La participación de estos sujetos en los ensayos clínicos deberá ser autorizada por el Ministerio Fiscal.

5. Cuando el ensayo clínico tenga un interés específico para la población en la que se realiza la investigación y lo justifiquen razones de necesidad en la administración del medicamento en investigación, podrá someterse a un sujeto a un ensayo clínico sin obtener el consentimiento previo en los siguientes casos:

a) Si existe un riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del sujeto, se carece de una alternativa terapéutica apropiada en la práctica clínica y no es posible obtener su consentimiento o el de su representante legal o el de la persona que ejerce la función de apoyo. En este caso, siempre que las circunstancias lo permitan, se consultará previamente a las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

b) Si el sujeto no es capaz para tomar decisiones debido a su estado clínico y carece de representante legal. En este caso, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

En ambos casos, esta eventualidad y la forma en que se procederá debe hallarse prevista en la documentación del ensayo aprobada por el Comité Ético de Investigación Clínica, y el sujeto o su representante legal será informado en cuanto sea posible y deberá otorgar su consentimiento para continuar en el ensayo si procediera.

6. El sujeto participante en un ensayo clínico, su representante legal o la persona que ejerza la función de apoyo, podrán revocar su consentimiento en cualquier momento, sin expresión de causa y sin que por ello se derive para el sujeto participante responsabilidad ni perjuicio alguno

- Norma RD 1088/2005, Se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión (art. 6)

Contenido

Artículo 6. Información a facilitar a los donantes.

Los candidatos a donantes de sangre recibirán información previa por escrito y en lenguaje comprensible, como mínimo, acerca de las condiciones y actividades que excluyen de la donación y de la importancia de no dar sangre si le son aplicables algunas de ellas. La información mínima que se deberá proporcionar es la recogida en el anexo I.A).

Comentario/Propuesta

Este precepto ha sido modificado por el Real Decreto de adaptación normativa a la Convención que ha introducido un segundo párrafo relativo a la accesibilidad a la información. En todo caso, se considera necesario introducir la referencia expresa a las medidas de apoyo y extender estas medidas y la accesibilidad más allá de las personas en situación de discapacidad.

Texto de la norma

Artículo 6. Información a facilitar a los donantes.

Los candidatos a donantes de sangre recibirán información previa por escrito y en lenguaje comprensible, como mínimo, acerca de las condiciones y

actividades que excluyen de la donación y de la importancia de no dar sangre si le son aplicables algunas de ellas. La información mínima que se deberá proporcionar es la recogida en el anexo I.A).

La información deberá efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles para todas las personas, incluidas las personas con discapacidad. Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de los apoyos necesarios para la comprensión de la citada información

.- Norma RD 1088/2005, Se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión (art. 9)

Contenido

Los candidatos a donantes de sangre o componentes sanguíneos serán sometidos a un reconocimiento previo a cada extracción, realizado, mediante cuestionario y entrevista personal a cargo de un profesional sanitario debidamente cualificado. En todo caso, se tendrán en cuenta, al efectuar el reconocimiento previo, las circunstancias personales del individuo, adoptándose medidas adicionales que permitan la eficaz transmisión y comprensión de información a las personas con discapacidad.

Comentario/Propuesta

Este precepto ha sido modificado por el Real Decreto de adaptación normativa a la Convención que ha introducido la obligación de adoptar medidas para que las personas con discapacidad puedan comprender la información que se ofrece a los donantes. Se considera necesario aludir expresamente a los apoyos.

Texto

Los candidatos a donantes de sangre o componentes sanguíneos serán sometidos a un reconocimiento previo a cada extracción, realizado, mediante cuestionario y entrevista personal a cargo de un profesional sanitario debidamente cualificado. En todo caso, se tendrán en cuenta, al efectuar el reconocimiento previo, las circunstancias personales del individuo, adoptándose medidas adicionales que permitan la eficaz transmisión y comprensión de información a las personas con discapacidad y reconociendo y prestando, en su caso, los apoyos que resulten necesarios.

.- Norma RD 1088/2005, Se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión (art. 22)

Contenido

«La información que se ha de facilitar a los donantes de sangre o componentes autólogos será como mínimo la que se especifica en los apartados 2, 5 y 10 del anexo I.A. La información deberá ofrecerse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad.»

Justificación/Propuesta

Este precepto ha sido modificado por el Real Decreto de adaptación normativa a la Convención que establece exigencias de accesibilidad en relación con la información suministrada a los donantes. Se considera relevante referir esta obligación a todas las personas, y no sólo a las personas con discapacidad e incorporar la referencia expresa a los apoyos.

Texto

«La información que se ha de facilitar a los donantes de sangre o componentes autólogos será como mínimo la que se especifica en los apartados 2, 5 y 10 del anexo I.A. La información deberá ofrecerse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles para todas las personas, incluidas las personas con discapacidad. Las personas que lo precisen tendrán derecho a usar y a que se les presten los apoyos necesarios para la comprensión de la información»

.- NORMA RD 1088/2005, Se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión (Anexo I, Parte B)

Contenido

ANEXO I

(...)

Requisitos relativos a la información. Parte B

(...)

3. Firma del donante.—El cuestionario han de firmarlo el donante y el miembro del personal sanitario encargado de obtener los antecedentes sanitarios, confirmando que el donante:

(...)

Comentario/Propuesta

La adecuación de esta norma a la Convención pasa por permitir que el documento no sólo sea firmado sino que se admitan otros medios que permitan dejar constancia de la voluntad de la persona y que la persona cuente con los apoyos necesarios.

Texto de la norma

ANEXO I

(...)

Requisitos relativos a la información. Parte B

(...)

3. Firma del donante. El cuestionario han de ser validado por el donante, mediante su firma o mediante cualquier medio admitido comprensible, archivable y documentable que permita conocer su voluntad inequívoca y, por el miembro del personal sanitario encargado de obtener los antecedentes sanitarios, confirmando que el donante. Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de os apoyos necesarios para validar este cuestionario.

- NORMA RD 1301/2006, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos (art. 7)

Contenido

Artículo 7. Donación y obtención de células y tejidos en donantes vivos.

1. La obtención de células y tejidos de una persona viva para su ulterior aplicación alogénica en seres humanos podrá realizarse si el donante es mayor de edad, cuenta con plena capacidad de obrar y estado de salud adecuado y ha prestado por escrito su consentimiento informado.

La información que recibirá el donante del médico que haya de realizar la extracción o sea responsable de esta, debe cubrir el objetivo y la naturaleza de la obtención de las células y tejidos; sus consecuencias y riesgos; las pruebas analíticas que se han de realizar; el registro y protección de los datos; y los fines terapéuticos. Asimismo se informará de las medidas de protección aplicables al donante y de los beneficios que con el uso del tejido o grupo celular extraído se espera que haya de conseguir el receptor.

El consentimiento podrá ser revocado en cualquier momento antes de la obtención de la célula y/o el tejido, excepto en los casos de obtención de progenitores hematopoyéticos de sangre periférica o de médula ósea, en que la revocación sólo podrá producirse antes del inicio del tratamiento de acondicionamiento en el receptor.

No podrán obtenerse células y tejidos de personas menores de edad o de personas que por deficiencias psíquicas, enfermedad mental, incapacitación legal o cualquier otra causa, no puedan otorgar su consentimiento, salvo cuando se trate de residuos quirúrgicos o de progenitores hematopoyéticos u otros tejidos o grupos celulares reproducibles cuya indicación terapéutica sea o pueda ser vital para el receptor. En estos casos, el consentimiento será otorgado por quien ostente la representación legal.

2. La obtención de células y tejidos de una persona viva para su procesamiento y posterior uso autólogo o para su uso autólogo eventual se realizará según lo dispuesto en los párrafos primero a tercero del apartado anterior.

En el supuesto de uso autólogo eventual, el contenido de la información facilitada con anterioridad a la obtención deberá incluir, además de lo previsto en el apartado anterior, la indicación de que las células y tejidos así obtenidos estarán a disposición para su uso alogénico en otros pacientes en el caso de existir indicación terapéutica; la información actual, veraz y completa sobre el estado de los conocimientos científicos respecto de los usos terapéuticos o de investigación; las condiciones de procesamiento y almacenamiento en los establecimientos autorizados; y cualquier otra cuestión relacionada con la utilidad terapéutica de la obtención de células y tejidos sin indicación médica establecida en el momento de la obtención e inicio de la preservación.

En el caso de personas menores de edad o de personas que por deficiencias psíquicas, enfermedad mental, incapacitación legal o cualquier otra causa, no puedan otorgar su consentimiento, este será prestado por su

representante legal.

3. La información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad.

4. En todo lo no dispuesto en este artículo, la obtención de células y tejidos de un donante vivo se regirá por lo dispuesto en el capítulo IV de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

Comentario/Propuesta

En esta norma debe adecuarse a la Convención eliminando el requisito de la ‘plena capacidad de obrar’ ya que supondría una discriminación para las personas con discapacidad incapacitadas. De igual modo, debería suprimirse la exclusión de las personas que tengan ‘deficiencias psíquicas, enfermedades mentales’ y establecerse en su lugar un sistema de apoyos que garantice que estas personas puedan ser donantes. Por otro lado, debería garantizarse la accesibilidad de la información y la posibilidad de utilizar cualquier medio que permita conocer la voluntad inequívoca de las personas. De igual modo, debería incluirse una referencia a los apoyos necesarios y al deber que tienen los médicos de garantizar que las personas con discapacidad han contado con las medidas y los apoyos necesarios durante el proceso de toma de decisión. De nuevo este precepto ha sido modificado por el Real Decreto de adaptación normativa a la Convención de 17 de agosto de 2012 que añade el apartado 3 y, por tanto, la referencia a la accesibilidad de la información y el consentimiento pero no se alude a las medidas de apoyo.

Texto de la norma

Artículo 7. Donación y obtención de células y tejidos en donantes vivos.

1. La obtención de células y tejidos de una persona viva para su ulterior aplicación alogénica en seres humanos podrá realizarse si el donante es mayor de edad, cuenta un estado de salud adecuado y ha prestado por escrito o por cualquier medio comprensible, archivable y documentable que permita conocer su voluntad su consentimiento informado.

La información que recibirá el donante del médico que haya de realizar la extracción o sea responsable de esta, debe atender a las necesidades de la persona y cubrir el objetivo y la naturaleza de la obtención de las células y tejidos; sus consecuencias y riesgos; las pruebas analíticas que se han de realizar; el registro y protección de los datos; y los fines terapéuticos. Asimismo se informará de las medidas de protección aplicables al donante y de los beneficios que con el uso del tejido o grupo celular extraído se espera que haya de conseguir el receptor.

El consentimiento podrá ser revocado por escrito o por cualquier medio admitido en derecho que permita conocer la voluntad inequívoca de la persona en cualquier momento antes de la obtención de la célula y/o el tejido, excepto en los casos de obtención de progenitores hematopoyéticos de sangre periférica o de médula ósea, en que la revocación sólo podrá producirse antes del inicio del tratamiento de acondicionamiento en el receptor.

No podrán obtenerse células y tejidos de personas menores de edad o de personas que por cualquier causa, no puedan otorgar su consentimiento, salvo cuando se trate de residuos quirúrgicos o de progenitores hematopoyéticos u otros tejidos o grupos celulares reproducibles cuya indicación terapéutica sea o

pueda ser vital para el receptor. En estos casos, el consentimiento será otorgado por quien ostente la representación legal, según la legislación civil o por las personas con las que mantenga una relación familiar o de hecho.

2. La obtención de células y tejidos de una persona viva para su procesamiento y posterior uso autólogo o para su uso autólogo eventual se realizará según lo dispuesto en los párrafos primero a tercero del apartado anterior.

En el supuesto de uso autólogo eventual, el contenido de la información facilitada con anterioridad a la obtención deberá incluir, además de lo previsto en el apartado anterior, la indicación de que las células y tejidos así obtenidos estarán a disposición para su uso alogénico en otros pacientes en el caso de existir indicación terapéutica; la información actual, veraz y completa sobre el estado de los conocimientos científicos respecto de los usos terapéuticos o de investigación; las condiciones de procesamiento y almacenamiento en los establecimientos autorizados; y cualquier otra cuestión relacionada con la utilidad terapéutica de la obtención de células y tejidos sin indicación médica establecida en el momento de la obtención e inicio de la preservación.

En el caso de personas menores de edad el consentimiento será prestado por su representante legal. En el caso de personas mayores de edad que, por cualquier causa, no pueden expresar su consentimiento éste será otorgado por las personas con quienes mantengan una relación familiar o de hecho.

3. La información deberá efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño para todos, de manera que resulte accesible y comprensible para todas las personas incluidas las personas con discapacidad. El consentimiento podrá prestarse por cualquier medio admitido comprensible, archivable y documentable que permita conocer la voluntad inequívoca de la persona. Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de los apoyos que resulten necesarios. El consentimiento otorgado por una persona que cuenta con un plan personalizado de medidas de apoyo deberá realizarse de conformidad con dicho plan. El médico responsable se asegurará y hará constar que estas personas han contado con los apoyos necesarios en el proceso de toma de decisiones.

4. En todo lo no dispuesto en este artículo, la obtención de células y tejidos de un donante vivo se regirá por lo dispuesto en el capítulo IV de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

.- NORMA RD 1301/2006, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos (art. 8)

Contenido

Artículo 8. Donación y obtención de tejidos y células en donantes fallecidos.

1. La obtención de tejidos y células de personas fallecidas podrá realizarse en el caso de que no hubieran dejado constancia expresa de su oposición, según lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

En el caso de que se trate de menores o personas con capacidad

modificada judicialmente, la oposición a la donación podrá hacerse constar por quienes hubieran ostentado en vida de aquellos su representación legal. Tratándose de personas con discapacidad, deberán tenerse en cuenta las circunstancias personales del individuo, su capacidad para tomar dicha decisión en concreto y contemplarse la prestación de apoyo para la toma de estas decisiones.

2. La obtención de material reproductor de personas fallecidas con finalidad reproductiva se regirá por lo dispuesto en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

3. Se deberá facilitar a los familiares y allegados información sobre la necesidad, naturaleza y circunstancias de la obtención, especificando qué procedimientos de restauración y conservación del cadáver y prácticas de sanidad mortuoria se llevarán a cabo.

4. La obtención de células y tejidos se realizará tras la correspondiente certificación de la muerte y la práctica de las diligencias policiales y judiciales si las hubiera.

Comentario/Propuesta

Este precepto ha sido modificado por el Real Decreto de adaptación normativa a la Convención que ha introducido el segundo inciso del apartado 1. Esta reforma no se considera totalmente satisfactoria en tanto hace referencia a los “representantes legales” de las personas con “capacidad de obrar modificada”. En cambio, se considera positiva la referencia a las medidas de apoyo para hacer constar la oposición a la donación, si bien la redacción podría mejorarse para ser más inclusiva. Este precepto debería relacionarse con la regulación que se haga del documento de instrucciones previas regulado en la Ley 41/2002. Este documento deberá poder otorgarse por todas las personas mayores de edad que cuenten con los apoyos necesarios en el proceso de toma de decisión y hayan recibido una información adaptada a sus necesidades y en formato accesible.

Texto de la norma

Artículo 8. Donación y obtención de tejidos y células en donantes fallecidos.

1. La obtención de tejidos y células de personas fallecidas podrá realizarse en el caso de que no hubieran dejado constancia expresa de su oposición, según lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

En el caso de que se trate de menores de edad, la oposición a la donación podrá hacerse constar por quienes hubieran ostentado en vida de aquellos su representación legal.

Las personas que lo precisen tendrán derecho a los apoyos para hacer constar esta oposición de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre

2. La obtención de material reproductor de personas fallecidas con finalidad reproductiva se regirá por lo dispuesto en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

3. Se deberá facilitar a los familiares y allegados información en un formato accesible sobre la necesidad, naturaleza y circunstancias de la obtención, especificando qué procedimientos de restauración y conservación del cadáver y prácticas de sanidad mortuoria se llevarán a cabo.

4. La obtención de células y tejidos se realizará tras la correspondiente

certificación de la muerte y la práctica de las diligencias policiales y judiciales si las hubiera.

.- NORMA. *Reglamento Notarial de 1944 modificado por REAL DECRETO 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944. Art. 156*

Contenido

“La comparecencia de toda escritura indicará:... 8.º La afirmación de que los otorgantes, a juicio del notario, tienen la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiera, en la forma establecida en este Reglamento, así como, en su caso, el juicio expreso de suficiencia de las facultades de representación”.

Comentario

Este artículo se enmarca dentro del modelo médico rehabilitador y, en lo que se refiere a la capacidad, en el modelo de sustitución, contrario a la Convención en su artículo 12. El artículo no parte de la presunción de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad sino de la ausencia de esta y da al notario la facultad de en lo que a él compete, considerarla o no.

Debería sustituirse el modelo de sustitución por el de apoyo y exigir que el notario compruebe que la persona cuenta con los apoyos necesarios para ejercer su capacidad.

Propuesta

Modificar la redacción de este artículo.

Previsión de apoyos, supervisión y control de abusos.

Texto de la norma

“La comparecencia de toda escritura indicará:... 8.º La afirmación de que los otorgantes, a juicio del notario, tienen capacidad legal suficiente para otorgar el acto o contrato al que la escritura se refiera, en la forma establecida en este Reglamento así como en su caso, el juicio expreso de suficiencia de las facultades de representación 9º Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de las medidas de apoyo que resulten necesarias para otorgar dichos actos y contratos y para otorgar su escritura pública 10º Las escrituras públicas de los actos o contratos suscritos por personas que cuentan con un plan personalizado de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica deben considerarse plenamente válidas 11º El Notario deberá, en todo caso, comprobar que los apoyos con los que cuenta la persona resultan suficientes y velar por su adecuado funcionamiento de acuerdo con lo establecido en los arts. 215 y ss. del Código civil.

.- NORMA. *Reglamento Notarial de 1944 modificado por REAL DECRETO 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944. Art. 182.*

Contenido

“Son incapaces o inhábiles para intervenir como testigos en la escritura: 1.º Las personas que no posean el discernimiento necesario para conocer y para declarar o para comprender el acto o contrato a que el instrumento público se refiere.”

Comentario

Este párrafo ha sido modificado por el RD 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención. Con anterioridad a esta reforma este precepto establecía que *“Son incapaces o inhábiles para intervenir como testigos en la escritura: 1.º Las personas con discapacidad psíquica, los invidentes, los sordos y los mudos”*. Esta previsión claramente discriminaba a las personas con discapacidad por lo que se enfrenta al artículo 2 de la Convención en tanto que niega el reconocimiento del derecho de las personas con discapacidad de ser testigos basándose en su discapacidad.

La redacción actual, si bien ha mejorado la anterior, resulta insatisfactoria en tanto no contempla medidas de accesibilidad, ajustes y medidas de apoyo. Además, la referencia a la capacidad de discernimiento puede aplicarse desproporcionadamente y resultar excluyente para las personas con discapacidad psíquica o mental.

Propuesta

Modificación del precepto de acuerdo con los elementos señalados.

Texto de la norma

1. No podrán ser testigos en escrituras públicas las personas que se encuentren en una situación que les impida conformar o expresar su voluntad por cualquier medio.

2. Las personas con discapacidad tendrán derecho a la adopción de todas las medidas de accesibilidad y a la realización de ajustes razonables para poder intervenir como testigos en las escrituras públicas en igualdad de condiciones.

3. Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y a la prestación de las medidas de apoyo necesarias para intervenir en estos actos. La escritura pública en la que intervengan testigos que cuenten con un plan personalizado de apoyo será válida, siempre que su intervención se ajuste a lo establecido en dicho plan. El notario ante quien se otorgue la escritura velará por el adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo de acuerdo con lo señalado en los arts. 215 y ss. del Código civil.

.- NORMA: Código Ético y Deontológico Médico. Art. 10.5.

Contenido

“si el enfermo no estuviese en condiciones de dar su consentimiento por ser menor de edad, estar incapacitado o por la urgencia de la situación, y resultase imposible obtenerlo de su familiar o representante legal, el médico deberá prestar los cuidados que le dicte su conciencia profesional”.

Comentario

Este precepto vulnera la Convención al hacer referencia a la incapacitación lo que supone considerar que algunas personas con discapacidad carecen, por tal motivo, de capacidad para prestar su consentimiento en el ámbito médico. Igualmente, este precepto no contempla las medidas de apoyo ni atiende a las exigencias de accesibilidad.

Propuesta

Habrá que modificar el artículo, ya que deberá de respetarse la opinión y voluntad expresada a través cualquier medio suficientemente comprensible por parte de la persona con discapacidad, según lo señala el artículo 21 de la Convención. Esto se complementará con la aplicación del sistema de apoyo.

Texto de la norma

“si el enfermo no estuviese en condiciones de dar su consentimiento por ser menor de edad o por la urgencia de la situación, y resultase imposible obtenerlo de su familiar, representante legal o persona de apoyo, el médico deberá prestar los cuidados que le dicte su conciencia profesional. En todo caso, el consentimiento podrá expresarse por cualquier medio comprensible. Las persona que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y a la prestación de las medidas de apoyo que resulten necesarias para otorgar su consentimiento”.